

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

in

**DIRITTO DELL'ECONOMIA E TUTELA DELLE SITUAZIONI
SOGGETTIVE**

***I POTERI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ
AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E IL SISTEMA CEDU***

COORDINATORE

Prof. Massimo Iovane

TUTOR

Prof.ssa Silvia Tuccillo

CANDIDATO

Dott. Giacomo Jr Mallardo

Anno Accademico 2016/2017

SOMMARIO

| | |
|---|----|
| PREMESSA | 5 |
| I CAPITOLO | 8 |
| IMPLICAZIONI DEL SISTEMA CEDU NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE | 8 |
| 1. Rapporto tra l'ordinamento giuridico nazionale e la CEDU..... | 8 |
| 2. Interazioni tra i giudici nazionali e la Corte di Strasburgo..... | 13 |
| 3. Decisione della Corte EDU e giudicato nazionale (cenni)..... | 16 |
| 4. Rilevanza della normativa CEDU nel diritto amministrativo..... | 19 |
| 4.1 Segue: riflessi delle nozioni di "civil rights and obligations" e "criminal charges" nel diritto amministrativo..... | 22 |
| 5. Nozione di Tribunale e garanzie ex art. 6 del sistema CEDU | 26 |
| II. CAPITOLO | 34 |
| LA NOZIONE DI CRIMINAL OFFENCES E GARANZIE DIFENSIVE EX ART. 6 CEDU . | |
| | 34 |
| 1. Il concetto di criminal offences nella giurisprudenza della Corte di Stasburgo | 34 |
| 2. Profili problematici della nozione di full jurisdiction | 41 |
| 2.1. Segue: lettura del principio di full jurisdiction alla luce dei profili di criticità della discrezionalità tecnica | 48 |
| 2.2 Segue: profili nazionali del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica delle Autorità Amministrative Indipendenti | 50 |
| 3. Nozione di criminal offences, granazie difensive ex art. 6 CEDU e ordinamento comunitario | 55 |
| 4. Il principio di full jurisdiction nelle decisioni della Corte di Giustizia dell'U.E. | 62 |
| 5. Profili penalistici: il principio del ne bis in idem..... | 66 |
| 6. Separazione tra funzioni istruttorie e decisorie - imparzialità oggettiva dell'organo giudicante..... | 79 |
| 6.1 Segue: l'esperienza francese | 82 |
| III. CAPITOLO | 93 |
| I POTERI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI. | |
| | 93 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 1. | Profili penali dei poteri sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti..... | 93 |
| 2 | Caratteri generali del potere sanzionatorio: sanzione amministrativa nell'ordinamento nazionale | 94 |
| 3. | Il principio di legalità | 96 |
| 3.1 | Segue: il principio di tassatività e determinatezza..... | 100 |
| 3.2 | Segue: il principio di tassatività e determinatezza e le sanzioni amministrative..... | 103 |
| 3.3 | Segue: il principio di legalità e l'art. 7 CEDU | 108 |
| 3.4 | Segue: attualità della legge penale e il principio del favor rei..... | 116 |
| 3.5 | Segue: il principio di legalità e la quantificazione delle sanzioni amministrative..... | 121 |
| 3.6 | Segue: quantificazione delle sanzioni e discrezionalità delle Authorities..... | 124 |
| 3.7 | Segue: necessità, effettività e proporzionalità della sanzione amministrativa..... | 126 |
| 4. | Il principio di colpevolezza | 128 |
| 5. | Quadro normativo dei procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti..... | 134 |
| 5.1 | Segue: disciplina generale ex Legge 689 del 1981 e potere sanzionatorio delle Autorità di Vigilanza | 139 |
| 6. | Il potere sanzionatorio come regolazione ex post..... | 141 |
| IV. | CAPITOLO | 147 |
| | I PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E GARANZIE PROCEDIMENTALI: RIFLESSI DELLA GIURISPRUDENZA CEDU | 147 |
| 1. | Il procedimento sanzionatorio dell'A.G.C.M.: i principi | 147 |
| 2. | L'iter procedimentale..... | 149 |
| 2.1 | La fase pre-procedimentale..... | 150 |
| 2.2 | Segue: fase procedimentale - istruttoria | 151 |
| 2.3 | Segue: il Collegio tra funzioni istruttorie e decisorie | 155 |
| 3. | Procedimento sanzionatorio antitrust, CEDU e garanzie del giusto processo | 157 |
| 3.1 | Segue: il diritto di accesso in fase procedimentale..... | 160 |
| 3.2 | Segue: la separazione tra funzioni istruttorie e decisorie: un'imparzialità oggettiva apparente | 162 |

| | | |
|-------------------|--|-----|
| 3.3 | Segue: il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato in seno ai procedimenti sanzionatori dell'A.G.C.M..... | 163 |
| 4. | Il sindacato del giudice amministrativo come full jurisdiction sui provvedimenti antitrust..... | 164 |
| 5. | Il procedimento sanzionatorio della Consob..... | 172 |
| 6. | Il contesto normativo..... | 173 |
| 7. | I principi del procedimento sanzionatorio: diritto di difesa e principio del contraddittorio | 174 |
| 7.1 | Segue: il diritto di accesso agli atti..... | 179 |
| 7.2 | Segue: separazione tra funzioni istruttorie e decisorie..... | 180 |
| 8. | Il procedimento sanzionatorio: delibere del 21 giugno 2005, n. 15086, 5 agosto 2005, n. 15131 e 19 dicembre 2013, n. 178500 | 182 |
| 8.1 | Segue: il procedimento sanzionatorio – la fase preliminare | 183 |
| 8.2 | Segue: la fase istruttoria e decisoria | 187 |
| 9. | Le posizioni della giurisprudenza: recenti evoluzioni della giurisprudenza amministrativa alla luce della sentenza CEDU del 4 marzo 2014... .. | 191 |
| 10. | Emendamenti al procedimento sanzionatorio: le delibere 29 maggio 2015, n. 19158 e 24 febbraio 2016, n. 19521 | 199 |
| CONCLUSIONI..... | | 203 |
| BIBLIOGRAFIA..... | | 207 |

PREMESSA

L'esperienza degli ultimi anni ha dimostrato che il giurista italiano è chiamato a confrontarsi con un nuovo scenario normativo di riferimento: le fonti sovranazionali e gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno segnato il percorso normativo che l'ordinamento giuridico italiano è tenuto a seguire.

È un dato inconfutabile che le norme europee e le statuizioni dei Giudici di Lussemburgo e di Strasburgo hanno assunto il valore di vero e proprio diritto vivente con efficacia incisiva sulle norme nazionali.

È evidente, infatti, che le pronunce della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo assurgono a disciplina non solo del caso concreto ma incidono, soprattutto, sull'ordinamento giuridico nazionale complessivamente considerato.

Ne deriva che la portata delle decisioni degli organi giurisdizionali sovranazionali è in grado di incidere su istituti di natura sostanziale, regole processuali e meccanismi procedurali degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati europei.

Il quadro giuridico pertanto si presenta complesso.

Invero, la tutela dei diritti nell'ordinamento dell'Unione Europea si articola su diversi piani: i Trattati istitutivi, la CEDU, la Carta di Nizza, le tradizioni costituzionali comuni e le giurisprudenze della Corte di giustizia, della Corte europea dei diritti umani e delle Corti costituzionali degli Stati membri.

E non è stato e non è facile comporre i differenti piani.

In siffatto contesto normativo – giurisprudenziale si è progressivamente accresciuta sul piano europeo la protezione dei diritti fondamentali, non soltanto delle libertà economiche originariamente previste dal Trattato di Roma.

Ed è indubbio che l'architettura normativa delineata da fonti sovranazionali incide anche sui poteri delle Autorità Amministrative Indipendenti, in virtù

della loro peculiare funzione di vigilanza su determinati settori di mercato che assumono rilevanza non più nazionale bensì comunitaria.

Negli ultimi anni, si è assistito ad una sempre maggiore persuasività degli arresti della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sui procedimenti sanzionatori delle Autorità di Vigilanza.

Invero, le potestà sanzionatorie delle Autorità Amministrative Indipendenti hanno assunto un ruolo centrale in seno al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, costituendo *luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela*¹.

L'importanza della funzione sanzionatoria delle Autorità di Vigilanza deriva dalla rilevanza economica e sociale degli interessi sui quali essa viene a incidere alla luce della formazione di un mercato unico europeo ove si sviluppino in parallelo i poteri regolatori e sanzionatori delle *Authorities* comunitarie.

L'equiparazione delle sanzioni amministrative, repressive e dissuasive, alle sanzioni di natura penale ha ridisegnato completamente il sistema operativo delle garanzie difensive dell'equo processo, portando a nuove modalità di esplicazione e declinazione dei poteri sanzionatori delle Autorità Indipendenti.

Donde, la riflessione non può che essere rivolta alla lettura in chiave penalistica che i Giudici di Strasburgo hanno riconosciuto alle sanzioni delle Autorità di Vigilanza, il che ha determinato l'estensione delle garanzie assicurate dagli artt. 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ai procedimenti sanzionatori condotti dalle *Authorities*.

Ebbene, il presente elaborato si svilupperà attraverso quattro poli di indagine.

¹ M. ALLENA, *La potestà sanzionatoria delle Autorità Amministrative indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti* (a cura di ALLENA - CIMINI), Paper No. 2013-15, Università Commerciale L. BOCCONI.

In via preliminare, verranno esaminate le interazioni tra l'ordinamento nazionale e il sistema CEDU e definiti gli ambiti di operatività delle garanzie difensive di matrice sovranazionale.

Di poi, si procederà con l'analisi dell'iter logico - giuridico seguito dalla Corte di Strasburgo attraverso cui si perviene all'estensione delle garanzie *ex artt. 6 e 7 CEDU* ai procedimenti amministrativi, con particolare attenzione ai concetti di *full jurisdiction*, *fair trial* e *adversarial proceeding*.

Infine, verranno indagate le modalità di proiezione delle garanzie sopra richiamate nei procedimenti sanzionatori condotti dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

I CAPITOLO

IMPLICAZIONI DEL SISTEMA CEDU NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

1. Rapporto tra l'ordinamento giuridico nazionale e la CEDU.

L'architettura delle relazioni tra il sistema giuridico nazionale e la normativa CEDU è stata ridisegnata dagli interventi della Corte Costituzionale con le sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007², che hanno determinato un *revirement* nei rapporti tra ordinamento interno e sistema CEDU; un indirizzo che ha ricevuto conferme e puntualizzazioni nei successivi interventi della stessa giurisprudenza costituzionale³.

Il rapporto descritto dai Giudici delle Leggi germina da una nuova considerazione del rango e dell'efficacia delle norme della CEDU e del ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea.

² S. SONELLI, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano, problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Giappichelli Editore, Torino, 2015; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte Costituzionale*, in Riv. Dir. Int., 2008, 138, 140-141; *The Effect of the ECHR on the Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy*, in XIX Italian Yearbook of International Law, 2009, 173, 175-176; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in Giur. cost., 2007.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, ivi; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la Cedu: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, 1, Cost.*, ivi, 3574 ss.; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali e internazionali*, ivi; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in Corr. Giur., 2008, 201 ss.; R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, ivi, pp. 205 ss.; R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale*, in Foro amm. CdS, 2007, 3591 ss.; M. SAVINO, *Un cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007* in Riv. Dir. Pubbl. Com., 2008, 747 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in Quad. cost., 2008, 133 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, ivi, 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 2007: la dilatazione delle tecniche della interposizione (e del giudizio costituzionale)*, ivi, 140 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, F. FONTANELLI, *The Decision nn. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European in the Italian Legal System*, in German Law Journal, 9, 2008, 889 ss.

³ Corte Costituzionale, 26 novembre 2009, n. 311, con nota di Michele MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in Giurisprudenza costituzionale, fasc. 6, 2009, pag. 4679.

Più nel dettaglio, la Corte Costituzionale muove dalla considerazione secondo cui gli artt. 10 e 11 della Costituzione non si applicherebbero alla normativa Convenzionale.

Invero, l'art. 10 della Costituzione con l'espressione "*norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*" richiama le sole norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano; per contro, le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano dall'ambito di operatività del già citato art. 10.

Parimenti, la Corte ha rimarcato che il principio espresso dall'art. 11 della Costituzione, secondo cui lo Stato italiano, in condizione di parità con gli altri Stati, *consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni*, non è estendibile alle norme CEDU.

Ne consegue che le norme CEDU, ancorché preordinate alla tutela e alla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dei soggetti di diritto, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, disapplicando allo stesso tempo la normativa nazionale in eventuale contrasto.

Ciò perché, con riferimento alla Convenzione, non è individuabile alcuna limitazione della sovranità nazionale, che si verifica – invece – nel rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario.

Donde, il riferimento costituzionale che viene in rilievo in materia di norme CEDU è l'art. 117 Cost., primo comma, alla cui stregua lo *Stato, le Regioni*

*esercitano la potestà legislativa nei limiti dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e internazionale*⁴.

Più in dettaglio, il *dictum* “vincoli internazionali” in esso contenuto, si riferisce alle norme internazionali convenzionali, tra le quali indubbiamente rientrano quelle derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 della Costituzione.

Così interpretato, l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente⁵ quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi.

I corollari di tale principio sono essenzialmente due: le norme CEDU non sono *self executing*, sicché il giudice nazionale comune non ha il potere di disapplicare la norma nazionale laddove ravvisi una violazione della Convenzione; nel caso venga riscontrato un contrasto tra la norma interna e la norma CEDU, non risolubile mercé un'interpretazione della prima conforme alla seconda, si presenta una questione di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117 Cost., primo comma, di esclusiva competenza della Corte Costituzionale.

Ciò premesso, è evidente che nel raccordo tra l'ordinamento interno e la Convenzione EDU, al giudice nazionale spetta – in via preliminare – il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti.

Il giudice nazionale, configuratosi un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione EDU, deve, pertanto, procedere ad

⁴ Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348, con nota di V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in Cassazione Penale, fasc. 6, 2008, pag. 2296; RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it;

⁵ Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348: “Prima della sua introduzione, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale”.

un'interpretazione della prima conforme alla seconda, avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica; laddove ciò non sia possibile, ovvero sia il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto, deve sollevare la questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell'art. 117 Cost., primo comma⁶.

Rilevata la questione di legittimità costituzionale, spetta alla Corte Costituzionale il compito di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso un'esegesi della norma interna in modo conforme alla norma convenzionale⁷; la Corte dovrà anche, ovviamente,

⁶ F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, Giurisprudenza Costituzionale, 2012, 4232; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, Giurisprudenza Costituzionale, fasc. 5, 2007, pag. 3518.

⁷ La recente decisione della Corte Costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49 (con nota di: A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte Cost. n. 49 del 2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*) ha dettagliato che "solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione", ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (...). Mentre, nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale"; Cfr. G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, Giurisprudenza Costituzionale, fasc. 2, 2015, pag. 0411B: «la Corte assumerà a parametro interposto il risultato così ormai stabilizzato nella giurisprudenza europea, ferma restando l'eventualità eccezionale di un suo contrasto con la Costituzione, che si riverserebbe a quel punto sulla legge di adattamento. Ad avviso della Corte, invece, il giudice comune che dubiti della conformità a Costituzione della norma convenzionale non ancora consolidata può prevenire il contrasto mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata, mentre se il diritto convenzionale si è stabilizzato nei termini anzidetti, della relativa questione deve essere investita la Corte costituzionale». In precedenza, le pronunce Corte Costituzionale, n. 311 del 26 novembre 2009, n. 317 del 4 dicembre 2009, n. 236 del 22 luglio 2011 e n. 303 dell'11 novembre 2011, avevano affermato che la stessa Corte «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, (...) ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», può quindi interpretare la disposizione CEDU «nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formata al riguardo, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a

verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, giacché la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione all'art. 53.

In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU.

La Corte Costituzionale ha chiarito, inoltre, che le norme CEDU, ancorché integrano il parametro costituzionale, rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, sicché è necessario che esse siano conformi a Costituzione.

La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali.

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, onde evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione.

È evidente che nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro; chiaramente la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione della Corte di Strasburgo, non la disposizione *in re ipsa*.

Orbene, il quadro così delineato delle relazioni tra ordinamento nazionale e Convenzione EDU resta aperto a nuovi sviluppi frutto dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU e dell'attuazione di strumenti preventivi di raccordo tra

inserirsi", anche al fine di "verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione".

giudici nazionali e Corte di Strasburgo; il riferimento corre all'istituto descritto dal Protocollo n. 16⁸ relativo alla richiesta di pareri consultivi non vincolanti da parte delle «*alte giurisdizioni nazionali*».

*

2. *Interazioni tra i giudici nazionali e la Corte di Strasburgo*

Il sistema giuridico attuale è connotato da una pluralità di ordinamenti multivello che trova il suo parallelismo nell'assetto degli organi giurisdizionali, caratterizzato da più organi di giudizio sovranazionali, ciascuno deputato all'applicazione delle norme del quadro normativo cui fa riferimento.

Ciò richiede necessariamente una particolare attenzione circa le modalità attraverso cui i diversi sistemi giuridici nazionali e comunitari trovano la loro integrazione e, quindi, assicurano l'effettiva tutela delle differenti situazioni giuridiche garantite nei diversi livelli dell'ordinamento.

Il che è strumentale onde addivenire ad una complessiva unità e integrazione tra diversi sistemi normativi affinché le situazioni giuridiche interessate possano trovare piena tutela attraverso l'uniforme applicazione della normativa sostanziale e processuale prevista dai diversi livelli ordinamentali.

Orbene, in questa sede, occorre focalizzare l'attenzione sull'istituzione di organi giurisdizionali sovranazionali chiamati ad assicurare una corretta applicazione della normativa di riferimento, in via esclusiva o attraverso il vaglio sul sindacato espresso dagli organi giurisdizionali nazionali.

Il quadro normativo di riferimento così delineato impone di analizzare in via preliminare il rapporto tra giudice interno e giudice sovranazionale, con particolare attenzione alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, lueggiando gli strumenti funzionali ad evitare ovvero a limitare, eventuali contrasti tra le

⁸ Cfr. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Atti del convegno presso l'Università degli Studi di Milano – Bicocca, 10 marzo 2014.

decisioni dei due organi⁹.

Orbene, occorre rammentare che presupposto necessario e indefettibile per adire la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è il preventivo esaurimento dei rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento nazionale¹⁰.

Si è di fronte, quindi, ad una situazione ben diversa da quella riscontrabile nell'ambito dell'Unione Europea, ove il raccordo tra la decisione della Corte di Giustizia e quella del giudice nazionale è insito nella previsione del rinvio pregiudiziale. Per contro, nel rapporto Giudici nazionali – Giudici di Strasburgo si configura un conflitto che si presenta come esito ordinario di una pronuncia di accoglimento della violazione lamentata.

La situazione non muterebbe neppure alla luce del Protocollo 16 della CEDU che prevede la possibilità per gli organi giurisdizionali nazionali di adire in via preventiva la Corte onde ottenere un parere sul caso concreto.

Il meccanismo in linea astratta richiama il rinvio operato dai giudici nazionali alla Corte di Giustizia; tuttavia, in concreto, i presupposti sono differenti: il rinvio non è obbligatorio per i giudizi nazionali; può essere effettuato unicamente dalle «alte» giurisdizioni individuate dagli Stati aderenti alla Convenzione al momento della sottoscrizione dell'accordo¹¹; non ha carattere vincolante.

Orbene, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione¹², la decisione resa dai Giudici di Strasburgo impegna lo stato aderente parte del giudizio a conformarsi ai

⁹ S. L. VITALE, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1269 ss.

¹⁰ L'art. 35 della Convenzione EDU prevede che il ricorso deve essere promosso nel termine di sei mesi dalla data in cui la decisione interna diviene definitiva (c.d. *six-months rule*);

¹¹ Ad oggi il Protocollo 16 della CEDU non è ancora stato ratificato dallo stato italiano e, quindi, non è ancora entrato in vigore.

¹² Art. 46 CEDU: *1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione. 3. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato.*

principi statuiti in sede sovranazionale.

La Corte, quindi, laddove dovesse essere accertata la violazione dei principi sanciti dalla Convenzione, non riforma la sentenza impugnata ma la sua statuizione ha un'efficacia meramente accertativa non producendo effetti diretti sulla sentenza resa dai giudici nazionali.

È gioco forza interrogarsi in che modo possa essere garantito la tutela delle situazioni giuridiche lese dalla violazione dei principi della Convenzione se non è possibile dare attuazione diretta alla decisione della Corte EDU.

Ed è la stessa Convenzione che prevede ai sensi dell'art. 41 che venga garantita in ambito nazionale la riparazione della violazione, disponendo laddove non sia possibile porre rimedio – se non in modo parziale – alle conseguenze dell'infrazione, l'applicazione di una «*just satisfaction*» di natura pecuniaria¹³.

Lo Stato aderente parte del giudizio ha ampia discrezionalità circa le misure da adottare per porre rimedio alla violazione e operare una *restitutio in integrum* della situazione giuridica lesa; l'attuazione delle sentenze tramite lo spontaneo adempimento degli Stati è il modulo operativo tipico delle giurisdizioni internazionali; il concetto è stato ribadito sia dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha affermato che le norme CEDU vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, sia dall'insegnamento dei Giudici di Legittimità alla cui stregua le sentenze definitive della Corte EDU, con le quali sono accertate e dichiarate violazioni della Convenzione e dei suoi Protocolli, non incidono direttamente sull'ordinamento giuridico dello Stato convenuto, vincolando invece, sul piano internazionale appunto, soltanto quest'ultimo a conformarvisi¹⁴.

Tuttavia, giova evidenziare che la Corte tende – sempre più spesso – ad indicare le misure individuali (*individual measures*) che lo Stato dovrà

¹³ G. BARTOLINI, Art. 41, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE; P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova 2012, pagine 704-705.

¹⁴ Corte di Cassazione, SS. UU., ordinanza 16 maggio 2013, n. 1182.

rispettare per assicurare la soddisfazione in forma specifica della pretesa del ricorrente.

Il quadro normativo descritto non impone di introdurre nuovi istituti processuali idonei ad incidere nuovamente su una decisione che abbia acquisito l'autorità di cosa giudicata; invero, il ripristino delle garanzie lese non richiede necessariamente che la decisione dei Giudici nazionali sia riformata, essendovi strumenti più idonei; in molti casi, peraltro, lo strumento pecuniario è il più rapido ed adeguato per ripristinare la posizione soggettiva lesa¹⁵; parimenti, la Pubblica Amministrazione, laddove venisse riscontrata la violazione della normativa convenzionale, potrebbe applicare di sua sponte il *dictum* europeo¹⁶.

*

3. Decisione della Corte EDU e giudicato nazionale (cenni)

La struttura delle interazioni tra il sistema giuridico nazionale e la Corte di Strasburgo implica che, accertata la violazione di una delle disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli addizionali, è verosimile che la Corte EDU possa assumere una decisione che si ponga in contrasto con una sentenza del giudice nazionale passata in giudicato.

Invero, il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo non risulta integrato all'interno del nostro ordinamento processuale, ma presuppone, al contrario, tra i requisiti di ricevibilità, che gli organi di giustizia interni abbiano ormai esaurito il loro potere giurisdizionale di decisione della controversia.

¹⁵ *Dangeville v France*, 16 aprile 2002, *Application* n. 36677/97, Presidente A.B. Baka, par. 67 e ss.

¹⁶ È opportuno rimarcare che l'amministrazione deve eseguire di sua sponte la decisione dei Giudici di Strasburgo orientando il suo operare al ripristino delle garanzie lese, giacché il giudice amministrativo non reputa ammissibile l'ottemperanza per una sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; sul punto vedi Consiglio di Stato, Sezione IV, 11.6.2015, n. 2866: *Le decisioni della Corte europea non sono assimilabili ad un titolo esecutivo giudiziale suscettibile di esecuzione forzata nei confronti dello Stato contraente condannato dalla Corte, poiché nessuna disposizione della Convenzione prevede meccanismi esecutivi diretti di tali provvedimenti. Esse, in altre parole, creano reciproci vincoli obbligatori tra gli Stati membri e non danno luogo ad obbligazioni di tipo privato nei confronti dei ricorrenti vittoriosi, ciò che urterebbe contro la lettera della Convenzione e i comuni principi di diritto internazionale riconosciuti dagli Stati contraenti.*

Pertanto, onde prevenire un eventuale contrasto tra il giudicato nazionale e il principio espresso in sede sovranazionale, le strade da seguire, alla luce del recentissimo intervento dell'Adunanza Plenaria ¹⁷, potrebbero essere astrattamente due.

Ragionando *de iure condendo*, una prima soluzione – sicuramente la più lineare dal punto di vista logico giuridico – sarebbe quella di prevedere che la sentenza non passi in giudicato finché non sia scaduto il termine per il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero sia che la sentenza del giudice nazionale non acquisti quel grado di stabilità connesso al giudicato in senso formale sino a che la decisione stessa non raggiunga la medesima certezza e “tenuta giuridica” anche in sede sovranazionale.

Ciò significherebbe ricondurre ad unità due sistemi processuali autonomi e distinti tra loro mercé la creazione di un sistema processuale integrato ove la consumazione del potere giurisdizionale da parte dei giudici nazionali non assurgerebbe più a requisito di ammissibilità del ricorso alla Corte EDU.

La seconda alternativa – concretamente perseguibile rispetto alla prima – si focalizza sulla possibilità di rimettere in discussione il giudicato, usufruendo di un mezzo straordinario di impugnazione che nel sistema processuale italiano, sia civile sia amministrativo, deve essere individuato nell'istituto della revocazione.

L'istituto disciplinato dall'art. 395 cod. proc. civ. è un mezzo di gravame a critica vincolata, i cui motivi sono indicati tassativamente *ex lege*; in via generale le ipotesi di revocazione contemplano casi in cui il vizio della sentenza sarebbe da ricondursi ad una causa esterna alla decisione, non conosciuta dalla parte, che non ha permesso al Giudice di decidere correttamente la controversia.

Ebbene, la problematica riguarda la possibilità di estendere in via analogica le ipotesi di revocazione straordinaria tassativamente previste *ex lege*.

L'interrogativo ha assunto dimensioni tali che l'Adunanza Plenaria del

¹⁷ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 marzo 2015, n. 2.

Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. alla luce del rispetto degli obblighi internazionali di cui all'art. 117, comma 1, Cost., giusta la mancata previsione di un'ipotesi di revocazione della sentenza che faccia riferimento alla necessità, ai sensi dell'art. 46, §1, CEDU, di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea¹⁸.

In attesa della decisione del Corte Costituzionale, il Consiglio di Stato¹⁹ ha nuovamente affrontato la questione di ammissibilità del ricorso in revocazione di una decisione in contrasto con una pronuncia della Corte di Strasburgo, ed ha condiviso la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria n. 2/2015, inserendosi nel medesimo solco ivi tracciato, ritenendo rilevante e non manifestamente infondata rispetto agli artt. 117, comma 1, 111 e 24 Cost. la questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza, quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46, p. 1, Convenzione EDU, per

¹⁸ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 marzo 2015, n. 2, annotata da S.L. VITALE, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in Corr. giur., 2015, 1429 e ss.: “ritiene, pertanto, questo Collegio che le norme processuali nazionali che disciplinano i casi di revocazione delle sentenze del giudice amministrativo - i.e. l'art. 106 c.p.a. e, in quanto richiamato dallo stesso, gli artt. 395 e 396 c.p.c. - si pongano in tensione con il vincolo per il legislatore statale di rispetto degli obblighi internazionali sancito dall'art. 117 co. 1 Cost. e che, nel caso di specie, viene in rilievo con riferimento all'impegno assunto dallo Stato - con la legge di ratifica ed esecuzione 4 agosto 1955, n. 848 - di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo. Infatti, non contemplando tra i casi di revocazione quella che si renda necessaria per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, le norme processuali appaiono in contrasto con l'art. 46 CEDU che, invece, sancisce tale obbligo per gli Stati aderenti. Altresì, l'assenza nell'ordinamento italiano di un apposito rimedio volto a “riaprire” il processo giudicato “iniquo” dalla Corte europea sembra potersi porre in contrasto con i principi sanciti dall'art. 111 Cost. e (ritiene di dover aggiungere questo Collegio, in aggiunta alle prospettazioni di parte ricorrente) con l'art. 24 Cost. Infatti, le garanzie di azionabilità delle posizioni soggettive e di equo processo previste dalla nostra Costituzione non sono inferiori a quelle espresse dalla CEDU e può argomentarsi un contrasto tra le dette norme costituzionali e le previsioni legislative che non consentono la revocazione del giudicato di cui è stata accertata in sede CEDU l' “ingiustizia” per violazione di un diritto fondamentale come quello di accesso ad un Tribunale”.

¹⁹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 novembre 2016 n. 4765; nel caso in esame i Giudici Amministrativi hanno sollevato nuovamente la questione di legittimità costituzionale già pendente giusta ordinanza n. 2/2015 resa dall'Adunanza Plenaria, onde consentire alla parte ricorrente in revocazione di prendere parte al giudizio di costituzionalità; infatti, se il Consiglio di Stato si fosse limitato alla c.d. “sospensione impropria” del giudizio *a quo* sarebbe stato illegittimamente compresso il diritto dei ricorrenti a prendere parte al giudizio di costituzionalità investente le norme suddette (artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c.).

conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU.

Donde, non resta che attendere l'intervento della Consulta onde poter avviare serie riflessioni, de iure condendo, sulla possibilità di configurare lo strumento processuale in esame come mezzo di impugnazione straordinario generale²⁰.

*

4. Rilevanza della normativa CEDU nel diritto amministrativo.

Delineate le interazioni tra l'ordinamento nazionale e la Convenzione EDU, è opportuno soffermarsi, per l'indagine che in questa sede si intende svolgere, sulla rilevanza dell'assetto normativo convenzionale nel diritto amministrativo²¹.

Occorre rammentare che il riferimento a sistema giuridici sovranazionali nell'ambito del diritto amministrativo ha sempre richiamato, perlopiù, la normativa di fonte comunitaria, dedicando, per contro, poca attenzione all'incidenza che le garanzie e le tutele previste dalla Convenzione avevano nel procedimento e nel processo amministrativo.

Una maggiore incidenza della normativa CEDU sul sistema giuridico nazionale si è avuta solo negli ultimi anni.

Ciò è riconducibile a più fattori che, senza pretesa di esaustività, possono essere così sintetizzati.

L'entrata in vigore del Protocollo 11 della Convenzione, che ha reso obbligatoria per gli Stati contraenti la giurisdizione della Corte di Strasburgo sulle controversie relative alla violazione della normativa CEDU, nonché la possibilità di promuovere ricorso individuale da parte dei singoli²², hanno

²⁰ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, Rivista di diritto processuale amministrativo, Giuffrè, 2-2016, pagg. 457 e ss.

²¹ FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in Dir. proc. amm, 2015, pag. 685 e ss.

²² Prima dell'introduzione del Protocollo 11 della CEDU la possibilità di adire la Corte EDU era successiva alla decisione della Commissione e non era prevista come obbligatoria da parte dei singoli Stati.

concorso a determinare una maggiore e più specifica applicazione delle norme convenzionali negli ultimi due decenni; un'influenza che ha avuto una forte ed evidente risonanza soprattutto nel diritto penale.

Inoltre, la Corte di Strasburgo, rilevata la violazione della normativa CEDU da parte di una decisione di un giudice nazionale, ha sempre più spesso indicato le misure specifiche che lo Stato contraente, in luogo della più generale tutela per equivalente, avrebbe dovuto adottare per porre rimedio alla trasgressione delle garanzie convenzionali; ciò ha contribuito ad incrementare l'attenzione e l'interesse consociati alle prospettive di tutela offerte dal sistema Convenzionale, che, prima, assumeva rilevanza nella vita giuridica dei cittadini solo attraverso il ruolo mediato degli Stati membri.

Infine, nell'ambito dei rapporti interni tra ordinamento nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la questione ha avuto risalto a seguito degli interventi della Corte Costituzionale che hanno affermato che la violazione da parte di una norma legislativa interna di una previsione della CEDU, così come interpretata dalla Corte Europea, integra una violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, come tale denunciabile dinanzi alla stessa Corte Costituzionale nei modi ordinari.

Talché, le norme della CEDU possono ricevere applicazione nel nostro ordinamento solo come parametro interposto richiamato dall'art. 117 Cost., attraverso la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione interna incompatibile, allorché non sia possibile interpretare la norma nazionale in modo conforme alla normativa CEDU.

Nell'ambito di una maggiore interazione tra sistema CEDU e ordinamento interno, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sulle garanzie prescritte dalla Convenzione si è fatta più intensa²³, con il risultato di

²³ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; CARBONE, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, *Rivista Dir. Proc. Amm.*, 2012, 569 e ss.; M. ALLENA, *L'art 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 267 e ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014; GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. di Dir. Pubbl. Com.*, 2013, 79 e ss.; *Verso una nuova*

estendere le tutele prescritte dall'art. 6 CEDU sia in materia di applicazione di sanzioni amministrative sia, più in generale, al concreto dispiegarsi dell'azione amministrativa nell'ambito del procedimento.

Ciò al fine di superare il dato letterale della normativa convenzionale che fa riferimento unicamente ai concetti di “*criminal charge*” e “*civil rights and obligations*”, non trovando alcun espresso riferimento all'azione amministrativa o al processo amministrativo²⁴.

Sennonché, sino ad ora, non sempre la giurisprudenza amministrativa interpreta correttamente il significato e la portata dell'art. 6 CEDU, riferendolo soprattutto alla sede processuale, nonostante si stia assistendo ad un'estensione della sfera di operatività delle garanzie difensive prescritte dalla Convenzione da ricondurre ad una maggiore tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati a prescindere dal luogo – procedimentale o processuale – in cui vengono in rilievo.

La giurisprudenza nazionale, infatti, tende a comprimere la sfera di azione della normativa di cui agli artt. 6 e 7 CEDU, che vengono spesso riferiti unicamente al processo, senza coglierne l'effettiva portata e quasi come corollario di stile, in combinato disposto con l'art. 13 della stessa CEDU, con l'art. 111 Cost. e con l'art. 1 del codice del processo amministrativo sul

nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, ivi, 2014,33 e ss.; Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo, Dir. Proc. Amm., 2009, 1338 e ss.

²⁴ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, Rivista di Diritto processuale amministrativo, Giuffrè, 2-2016, pag. 457 e ss.: «L'analisi dell'interpretazione che ai concetti di *civil rights and obligations* e di *criminal offence* ha dato la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra confermare tale assunto; che, cioè, non vi è un'autonoma considerazione del diritto amministrativo sul piano convenzionale, ma che la rilevanza di detta materia, tutt'altro che trascurabile, si esprime attraverso la sua emersione nella materia civile e penale, oltre che attraverso un diritto sostanziale tutelato dalla Convenzione. Il diritto amministrativo si divide così in tre settori: ciò che rientra nelle *criminal charges*, che gode della protezione procedurale di cui all'art. 6, §§ 1-3, CEDU; ciò che rientra nei *civil rights and obligations*, per i quali la garanzia procedurale è limitata alle previsioni dell'art. 6, § 1, CEDU; ciò che assume rilevanza sotto il profilo sostanziale in relazione ad un diritto garantito in ambito convenzionale (come ad es., si ripete, il diritto di proprietà di cui all'art. 1, Protocollo addiz. CEDU, la cui protezione contempla anche situazioni di carattere sostanziale rilevanti nel diritto amministrativo, quali espropriazione, pianificazione, ecc.).

principio dell'effettività della tutela²⁵.

Peraltro, non si è mancato di rilevare che la giurisprudenza amministrativa troppo spesso richiama in modo atecnico i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo *“senza le cautele e gli approfondimenti necessari”*; invero, i principi convenzionali vengono utilizzati per *“assecondare dei ragionamenti svolti in via di opportunità”*, quando, invece, il riferimento a un principio sovranazionale richiederebbe *“essere preliminarmente accompagnato da un esame del significato che tale principio assume nell'ambito del sistema europeo, per verificarne, eventualmente, il grado di diversità, assieme alle peculiarità specifiche, rispetto all'omonimo principio nazionale”*²⁶.

*

4.1 Segue: riflessi delle nozioni di “civil rights and obligations” e “criminal charges” nel diritto amministrativo

Sul tema giova evidenziare in via preliminare che il quadro normativo del sistema CEDU non prevede alcun riferimento diretto ed espresso al diritto amministrativo, né per quel che concerne il profilo sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive né per quel che riguarda il profilo processuale, giacché il dato letterale di cui all'art. 6 CEDU dispone che le garanzie di cui si fa portatore possano trovare applicazione solo in relazione alle sanzioni penali e ai diritti civili.

Tuttavia, è opportuno constatare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esteso – mercé un iter logico argomentativo che verrà descritto nel dettaglio nel secondo capitolo del presente scritto - le garanzie procedurali in materia di equo processo ex art. 6, §1, CEDU, anche ai procedimenti che culminano con l'irrogazione di sanzioni formalmente amministrative nell'ambito dell'ordinamento nazionale, che risultano avere carattere sostanzialmente penale secondo i criteri fissati dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Parimenti, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che l'ambito di operatività

²⁵ CARBONE, *op. cit.*

²⁶ Così S. VALGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa.*

della nozione di "*civil rights and obligations*" si estendesse anche a quelle posizioni giuridiche soggettive – che al di là del connotato civilistico – sono determinate nel concreto mediante l'esercizio di un potere amministrativo.

Al riguardo autorevole dottrina ha evidenziato che il termine *civil right*, cui corrisponde quello di *droit civil* nella versione francese della Convenzione, richiama una nozione dal colore strettamente privatistico tipico dei sistemi giuridici di *civili law*, con l'esclusione, quindi, di quelle posizioni giuridiche soggettive su cui incide l'azione amministrativa.

Tuttavia, la Corte EDU, piuttosto che soffermarsi sulla distinzione tra la sfera del diritto pubblico e la sfera del diritto privato, ha posto l'attenzione sul contenuto della situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo, senza giungere a formulare con precisione un'astratta definizione del termine in esame²⁷.

Nel dettaglio, si è evidenziato che non sarebbe rilevante determinare in via generale se il concetto di *civil right* si estenda oltre quei diritti privatistici nella loro natura giacché l'elemento decisivo per l'applicazione delle garanzie contemplate dall'art. 6 CEDU è rappresentato dal contenuto del diritto o dell'obbligazione in sé considerato, pur se tali situazioni risultino coinvolte nell'esercizio di un potere amministrativo.

Ciò porta a ritenere che non si ravvedono nelle decisioni della Corte o nel dettato normativo del sistema CEDU elementi ostativi ad un'applicazione delle

²⁷ M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, Dir. proc. amm., fasc. 2, 2012, pag. 569: particolarmente complessa è l'individuazione del significato da attribuire alla nozione di «diritti e obbligazioni di carattere civile»: infatti, da un lato, l'espressione «*droits et obligations de caractère civil*» — «*civil rights and obligations*», richiama alla mente fattispecie rientranti nell'ambito del diritto privato, inteso come contrapposto al diritto pubblico nell'accezione europea continentale; dall'altro, però, occorre tenere presente che con l'espressione «*civil rights*» nella tradizione giuridica anglo americana si fa piuttosto riferimento ai diritti fondamentali o alle libertà fondamentali dell'individuo nei confronti dello Stato ... non sono rilevanti le distinzioni tra diritti soggettivi in senso stretto e categorie giuridiche che gli ordinamenti nazionali da questi distinguano, per esempio utilizzando concetti come quello di «*privilege*», tipico del mondo anglosassone, o quello, generico, di «*interesse*». ... il mero fatto che l'autorità amministrativa goda di una certa discrezionalità nell'adottare o meno un certo provvedimento, e che quindi il cittadino non possa essere certo di ottenere il «bene della vita» al quale aspira, non implica che lo stesso non sia titolare di un «diritto civile» ai sensi della Convenzione ... la Corte ha altresì precisato che tutte le posizioni soggettive di carattere civilistico che siano riconosciute in uno Stato membro rilevano ai fini dell'art. 6 CEDU.

garanzie *ex art. 6 CEDU* anche agli interessi legittimi, ovverossia a quelle situazioni giuridiche soggettive che entrano in contatto con il potere amministrativo.

Orbene, è altresì vero che la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mai enucleato in maniera chiara e precisa il contenuto del concetto di "*civil rights and obligations*" ma ha adottato rispetto allo stesso un approccio strettamente casistico, che ha permesso di perimetrare alcune categorie in cui l'ambito di applicazione dell'art. 6 si estende anche a fattispecie che nel nostro ordinamento sono ricomprese nell'ambito del diritto amministrativo e della giurisdizione amministrativa.

Da una disamina delle principali pronunce della Corte EDU è possibile affermare che sono annoverabili tra i «*civil rights*» i diritti di natura pecuniaria, compreso il diritto al risarcimento del danno da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa, e in generale quei diritti che presuppongono una relazione economica tra Stato e cittadino.

In particolare rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU anche le situazioni giuridiche soggettive di carattere pretensivo che, soprattutto laddove collegate alla sfera patrimoniale di un soggetto, assumono il carattere di *civil rights* ai sensi della Convenzione, ancorché la loro definizione è connessa all'esercizio di un potere amministrativo.

Il riferimento va alle situazioni giuridiche soggettive che nel nostro ordinamento vengono ricondotte nell'alveo degli interessi legittimi: *exempli causa*, con riguardo alle autorizzazioni all'esercizio di un'attività commerciale o professionale, rinviengono tutela nell'art. 6 CEDU sia l'interesse del privato ad ottenere un provvedimento estensivo della propria sfera giuridica sia l'interesse a non vedere compressa nuovamente la propria situazione soggettiva su cui ha già inciso positivamente l'amministrazione.

Ed ancora, le garanzie assicurate dall'art. 6, § 1, CEDU, devono senz'altro trovare applicazione nel caso in cui il diritto di proprietà venga interessato dall'esercizio di un potere amministrativo, come nel caso del procedimento di espropriazione per pubblica utilità; donde, la tutela del diritto di proprietà

trova tutela sul piano sostanziale nell'art. 1 del Protocollo addizionale e sul versante procedurale nell'art. 6 CEDU.

Per quel che concerne la nozione di “*criminal charges*”, va rilevato che la Corte Europea de diritti dell'uomo ha più volte ribadito la necessità di procedere ad un'interpretazione in senso sostanzialistico, abbandonando il dato meramente formale e lessicale.

La Corte di Strasburgo nel caso *Engel c. Paesi Bassi*²⁸ ha delineato i criteri secondo cui una sanzione assume una colorazione penale, giusta il grado afflittività sulla sfera giuridica del destinatario, ancorché nel sistema giuridico nazionale abbia una classificazione meramente amministrativa.

Una sanzione qualificata come penale nell'ordinamento nazionale andrà considerata tale anche in ambito sovranazionale onde consentire l'applicazione delle garanzie assicurate dall'art. 6 CEDU.

Tuttavia non è vero il contrario: una sanzione formalmente amministrativa può assumere una connotazione penalistica ancorché non considerata come tale dal diritto nazionale, in relazione alla natura della sanzione, ovvero alla natura e alla gravità della pena inflitta.

È facile constatare come dall'impostazione fatta propria dalla Convenzione EDU non emerga un'autonoma rilevanza del diritto amministrativo che, al contrario, risulta associato, sotto il profilo sostanziale, ad autonomi diritti oggetto di copertura convenzionale ovvero, sotto il profilo procedurale, alla materia civile o penale.

Donde, è possibile ricavare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ancorché non vi siano riferimenti diretti ed espressi al diritto amministrativo, un nucleo generale di principi di diritto amministrativo che si estendono non solo alla fase processuale ma trovano senz'altro attuazione in fase procedimentale.

²⁸ Sui criteri elaborati dalla Corte EDU per la qualificazione penale di un provvedimento sanzionatorio vedi il Capitolo II, paragrafo 1.

Questi principi, più che attenere alle garanzie proprie del procedimento o del processo singolarmente considerati, concernono la giusta determinazione della situazione giuridica del privato nel suo complesso, come si delinea nel raccordo tra vicenda procedimentale e processuale.

*

5. Nozione di Tribunale e garanzie ex art. 6 del sistema CEDU

L'analisi dei poteri sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti richiede un'analisi preventiva della nozione di Tribunale in seno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nonché del contenuto delle garanzie prescritte dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Diversamente si finirebbe per parlare di garanzie difensive senza comprenderne effettivamente la portata e l'incisività sui procedimenti sanzionatori delle *Authorities*.

La nozione funzionale di Tribunale elaborata dalla Corte Europa dei diritti dell'uomo, che pone l'accento sui poteri decisori esercitati in concreto da un soggetto pubblico piuttosto che al profilo fermamente formale, implica la necessità di ampliare l'ambito di operatività dell'art. 6 CEDU.

Ed infatti, considerato che un'autorità amministrativa dotata di poteri sanzionatori è in grado di incidere in maniera significativa e con efficacia vincolante sulla sfera giuridica del destinatario del provvedimento, è gioco forza imporre che i modi di esercizio del potere amministrativo rispettino necessariamente le garanzie dell'equo processo.

Ne consegue che il concetto di Tribunale elaborata dalla Corte non richiama necessariamente un organo giurisdizionale quale articolazione del sistema giudiziario di uno Stato, lueggiando il profilo sostanziale e funzionale dell'autorità pubblica che esercita il potere decisionale e gli effetti che la decisione stessa producono nella sfera giuridica dei destinatari²⁹.

²⁹ La Corte ha da sempre evidenziato che l'esercizio della funzione giurisdizionale, a prescindere dal requisito formale del soggetto che la esercita, deve esplicarsi nell'assunzione di decisioni prese nel rispetto del principio di legalità e delle ulteriori modalità prescritte dalla

Secondo l'impostazione adottata dalla Corte EDU, pervenire ad una conclusione diversa vorrebbe dire restringere – illegittimamente – il confine operativo delle garanzie dell'equo processo³⁰ che, per contro, devono essere assicurate laddove viene emesso un provvedimento determinativo della sfera giuridico del cittadino, ancorché l'effetto modificativo sia causato da un atto amministrativo e non da un provvedimento giurisdizionale in senso stretto.

Delineato il perimetro funzionale delle garanzie dell'equo processo occorre analizzare in dettaglio le tutele imposte dall'art. 6 CEDU, alla cui stregua *‘ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti’*.

legge; a ciò si aggiungono i requisiti di indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante; Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Belilos v. Switzerland*, ricorso n. 10328/1983, § 64: *According to the Court's case-law, a "tribunal" is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (see, as the most recent authority, the judgment of 30 November 1987 in the case of H v Belgium, Series A no. 127, p. 34, § 50). It must also satisfy a series of further requirements - independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members' terms of office; guarantees afforded by its procedure - several of which appear in the text of Article 6 § 1 (art. 6-1) itself (see, inter alia, the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, § 55); Corte EDU, 18 ottobre 2000, *Coëme And Others v. Belgium*, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 99: *A tribunal "is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner" (see the Belilos v. Switzerland judgment of 29 April 1988, Series A no. 132, p. 29, § 64). It must also satisfy a series of other conditions, including the independence of its members and the length of their terms of office, impartiality and the existence of procedural safeguards. There is no doubt that the Court of Cassation, which in Belgian law was the only court which had jurisdiction to try Mr Coëme, was a "tribunal established by law" (see, mutatis mutandis, Prosa and Others v. Denmark, application no. 20005/92, Commission decision of 27 June 1996, unreported).**

³⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Airey V. Ireland*, 9 ottobre 1979, ricorso n. 6289-197, § 24: *This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial*; *Moreira De Azevedo V. Portugal*, 23 ottobre 1990, ricorso 11296-1984, § 66: *In the Court's opinion, the right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention restrictively. Conformity with the spirit of the Convention requires that the word "contestation" should not be construed too technically and that it should be given a substantive rather than a formal meaning.*

La nozione di equità richiamata va letta in una chiave strettamente processuale che si esplica attraverso l'esaltazione del principio di parità delle armi tra le parti e del principio del contraddittorio³¹, che devono trovare piena attuazione, senza distinzione alcuna tanto nel processo civile quanto nel processo penale³².

Alle parti deve essere garantito il diritto di poter presentare mezzi di prova e articolare le proprie difese in condizioni di parità, ovverosia deve realizzarsi un processo che risulti bilanciato ed equilibrato; principio quest'ultimo che assume ancor più valore nei casi in cui i poteri istruttori vengono esercitati da una pubblica autorità nell'esercizio della funzione amministrativa.

Il principio della parità delle armi è chiaramente connesso al principio del contraddittorio inteso come contrapposizione dialettica delle parti – in posizione di parità rispetto al Giudice terzo ed imparziale – il cui fine non solo è quello di garantire un corretto esercizio del diritto di difesa ma anche permettere al giudice di adottare una decisione giusta³³.

³¹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Dombo Beheer B.V. V. The Netherlands*, 27 ottobre 1993, ricorso 14448/1988, § 32-33: *The requirements inherent in the concept of "fair hearing" are not necessarily the same in cases concerning the determination of civil rights and obligations as they are in cases concerning the determination of a criminal charge. This is borne out by the absence of detailed provisions such as paragraphs 2 and 3 of Article 6 (art. 6-2, art. 6-3) applying to cases of the former category. Thus, although these provisions have a certain relevance outside the strict confines of criminal law (see, mutatis mutandis, the Albert and Le Compte v. Belgium judgment of 10 February 1983, Series A no. 58, p. 20, para. 39), the Contracting States have greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases. Nevertheless, certain principles concerning the notion of a "fair hearing" in cases concerning civil rights and obligations emerge from the Court's case-law. Most significantly for the present case, it is clear that the requirement of "equality of arms", in the sense of a "fair balance" between the parties, applies in principle to such cases as well as to criminal cases.*

³² Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Werner V. Austria*, 24 novembre 1997, ricorso 138/1996/757/956, *In this connection, it is of little consequence that the case was a civil one, since it is clear from the case-law (see, among other authorities, the Lobo Machado v. Portugal and Vermeulen v. Belgium judgments of 20 February 1996, Reports 1996-I, p. 206, § 31, and p. 234, § 33, respectively, and the Nideröst-Huber v. Switzerland judgment of 18 February 1997, Reports 1997-I, p. 108, § 28) that the requirements resulting from the right to adversarial proceedings are in principle the same in both civil and criminal cases.*

³³ Il principio del contraddittorio e della parità delle armi non possono trovare alcuna compressione neppure per salvaguardare una ragionevole durata del processo, vedi C.E.D.U., *Nideröst-Huber V. Switzerland*, 18 febbraio 1997, § 30: *The desire to save time and expedite the proceedings does not justify disregarding such a fundamental principle as the right to adversarial proceeding.*

Ed è evidente che il diritto di difesa può essere pienamente esercitato laddove è garantito alla parte la facoltà di poter effettivamente contraddire, il che si manifesta mercé l'accesso ai risultati dell'attività di indagine, le audizioni, la presentazione di memorie e la visione delle deduzioni elaborate dagli uffici istruttori.

Invero, il diritto di accesso, inteso come essenziale strumento difensivo e pilastro del principio della “parità delle armi”, è funzionale al diritto della parte a poter esprimere un’efficace difesa³⁴.

La parità delle armi quindi *implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place a substantial disadvantage vis-à-vis the other party (Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands, § 33)* ed è inammissibile che *for one party to make submissions to a court without the knowledge of the other and on which the latter has no opportunity to comment. It is a matter for the parties alone to assess whether a submission deserves a reaction (Üldözötteinek Szövetsége and Others v. Hungary, § 42).*

La Corte di Strasburgo ha quindi delineato l’idea di un *adversarial proceeding* ove non è sufficiente l’astratta possibilità delle parti di poter visionare e valutare la documentazione rilevante³⁵, ma è necessario che l’autorità

³⁴ Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Mc Ginley And Egan V. The United Kingdom*, 9 giugno 1998, ricorso 10/1997/794/995-996, § 86 – 90: *The Court considers that, if it were the case that the respondent State had, without good cause, prevented the applicants from gaining access to, or falsely denied the existence of, documents in its possession which would have assisted them in establishing before the PAT that they had been exposed to dangerous levels of radiation, this would have been to deny them a fair hearing in violation of Article 6 § 1. ... The Court considers that, in these circumstances, where a procedure was provided for the disclosure of documents which the applicants failed to utilise, it cannot be said that the State prevented the applicants from gaining access to, or falsely denied the existence of, any relevant evidence, or that the applicants were thereby denied effective access to or a fair hearing before the PAT.*

³⁵ Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Göç V. Turkey*, 12 luglio 2002, ricorso 36590-1997, §57: *As to the argument that the applicant could have consulted the case file at the Court of Cassation and obtained a copy of the Principal Public Prosecutor's opinion, the Court is of the view that this of itself is not a sufficient safeguard to ensure the applicant's right to an adversarial procedure. In its view, and as a matter of fairness, it was incumbent on the registry of the Court of Cassation to inform the applicant that the opinion had been filed and that he could, if he so wished, comment on it in writing. It appears to the Court that this requirement is not secured in domestic law. The Government have contended that the applicant's lawyer should have known that consultation of the case file was possible as a matter of practice. However, the Court considers that to require the applicant's lawyer to take the initiative and inform himself periodically on whether any new*

decidente indichi con precisione quali siano gli elementi principali a supporto della propria decisione e assicuri il contraddittorio sugli stessi.

A ciò si aggiunge il diritto delle parti di articolare i propri mezzi di prova e produrre le relative memorie difensive e il diritto che l'impianto probatorio così definito sia effettivamente valutato da un giudice terzo, imparziale e indipendente³⁶.

Solo così il principio dell'equo processo potrà essere effettivo e non fermarsi ad un piano meramente teorico e illusorio.

Come già evidenziato, l'art. 6, sempre al paragrafo 1, prevede altresì il diritto ad un Tribunale indipendente, terzo e imparziale.

Il Tribunale deve porsi in una posizione di estraneità rispetto agli interessi coinvolti nella *res iudicanda* e di assenza di pregiudizi, nonché di piena autonomia rispetto alle parti processuali; concetti che trovano espressione nei principi di imparzialità e indipendenza.

L'imparzialità, l'indipendenza ³⁷ e la terzietà sono concetti distinti che concorrono a delineare la figura del Giudice: l'imparzialità è la misura della

elements have been included in the case file would amount to imposing a disproportionate burden on him and would not necessarily have guaranteed a real opportunity to comment on the opinion since he was never made aware of the timetable for the processing of the appeal (see, mutatis mutandis, Brandstetter v. Austria, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, pp. 27-28, § 67). It notes in this connection that the opinion was drawn up on 17 October 1996 and submitted to the competent division on 21 October 1996 along with the case file. The division reached its decision on 7 November 1996.

³⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Perez V. France, 12 febbraio 2004, ricorso 47287-1999, § 80: *The Court notes that the right to a fair trial as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention includes the right of the parties to the trial to submit any observations that they consider relevant to their case. The purpose of the Convention being to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (see Artico v. Italy, judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 16, § 33), this right can only be seen to be effective if the observations are actually "heard", that is duly considered by the trial court. In other words, the effect of Article 6 is, among others, to place the "tribunal" under a duty to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessment of whether they are relevant (see Van de Hurk v. the Netherlands, judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 19, § 59).*

³⁷ Sul concetto di indipendenza delle A.A.I. dall'apparato governativo vedi G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*; MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, 2007, Bari; GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione*

distanza dell'organo giudicante rispetto all'oggetto del singolo giudizio, disinteresse che si specifica nella mancanza di pregiudizi e nell'assenza di legami con le parti; secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo l'imparzialità deve avere ad oggetto tanto una valutazione del profilo soggettivo, ovverosia della condotta e delle convinzioni personali del giudice, quanto del profilo oggettivo, inteso come il grado di certezza in termini di imparzialità che la stessa composizione dell'organo giudicante è in grado di assicurare alle parti³⁸.

La terzietà rappresenta la misura della distanza del Giudice dalle parti da un punto di vista strutturale e ordinamentale (il che nel caso dei procedimenti sanzionatori delle AA.I. non è pienamente assicurata considerato che le funzioni di indagine e decisorie vengono attribuite a organi della medesima struttura amministrativa).

L'indipendenza funzionale, infine, è un prerequisito dell'imparzialità ed è garantita allorché l'organo giudicante è soggetto soltanto alla legge³⁹.

Al riguardo, la Corte di Strasburgo ha elaborato dei criteri onde stabilire se un Tribunale possa essere effettivamente definito indipendente: *in order to establish whether a body can be considered "independent", regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, to the existence of guarantees against outside pressures and to the*

democratica, 2006, Milano; LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, 1997, Milano, p. 215; NICCOLAI S., *Le Autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, 1996, Torino, p. 252 ss.; MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, 1994, Milano; PREDIERI A., *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in *La Consob. L'istituzione e la legge penale*, 1987, Milano. (G. M. FLICK a cura di), p. 218 e ss.

³⁸ Corte EDU: Micallef V. Malta, 15 ottobre 2009, ricorso 17056-2006, § 93: *Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways. According to the Court's constant case-law, the existence of impartiality for the purposes of Article 6 § 1 must be determined according to a subjective test where regard must be had to the personal conviction and behaviour of a particular judge, that is, whether the judge held any personal prejudice or bias in a given case; and also according to an objective test, that is to say by ascertaining whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality.*

³⁹ A.A.V.V., *Procedura Penale*, GIAPPICHELLI Editore, Torino, 2010, pagine 63 e ss.; Corte Costituzionale sentenze n. 60 del 1969; n. 128 del 1974 e n. 18 del 1989.

*question whether the body presents an appearance of independence*⁴⁰; donde, un Tribunale è indipendente laddove l'esercizio del potere non sia influenzato dall'esecutivo o da altre pressione esterne, cui si aggiunge, peraltro, il ruolo che svolge "l'apparenza di indipendenza" che genera fiducia nel destinatario di un'eventuale misura punitiva⁴¹.

Infine, l'art. 6, par. 1, CEDU prevede altresì il diritto ad un'udienza pubblica⁴².

La Corte di Strasburgo ha individuato la ratio di una pubblica udienza nel fine di garantire le parti da un'amministrazione della giustizia che si svolga in "segreto" che sfugga al controllo della collettività ⁴³.

La regola tollera eccezioni solo nel caso in cui non venga direttamente in rilievo il valore probatorio degli elementi prodotti dalle parti, giacché l'impianto probatorio è costituito unicamente da prove documentali o non vi siano serie contestazione da dirimere sui fatti di causa; verificatasi una delle due

⁴⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Langborger V. Sweden, 22 giugno 1989, ricorso 11179-1984.

⁴¹ Corte EDU, Sramek V. Austria, 22 ottobre 1994, § 42: *Nonetheless, the Court cannot confine itself to looking at the consequences which the subordinate status of the rapporteur vis-à-vis the Transactions Officer might have had as a matter of fact. In order to determine whether a tribunal can be considered to be independent as required by Article 6 (art. 6), appearances may also be of importance.*

⁴² Art. 6, par. 1. CEDU: *In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair and public hearing by [a] tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice*; vedi A. CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino 2010, pag. 236; A. FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giurisprudenza.it*, 2008, pag. 1761; G. DI CHIARA, *Against the administration of justice in secret: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in AA.VV. *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, pag. 293;

⁴³ Corte EDU, Diennet v. France, § 33: *The Court reiterates that the holding of court hearings in public constitutes a fundamental principle enshrined in paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) (see, as the most recent authority, the Schuler-Zraggen v. Switzerland judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, p. 19, para. 58). This public character protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 para. 1 (art. 6-1), namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention.*

condizioni, il diritto ad un'udienza pubblica può trovare legittima compressione.

Tuttavia, è necessario che il giudice compia una valutazione riferita al caso concreto, giacché una norma generale e astratta che prevede *de plano* la rinuncia ad una pubblica udienza non può che essere contraria alle prerogative dell'equo processo.

La Corte EDU ha altresì precisato nel caso *Grande Stevens c. Italia* che non è possibile configurare un meccanismo elementare di “vasi comunicanti”⁴⁴ istituibile tra il diritto al contraddittorio e il diritto alla pubblicità dell'udienza, poiché, se ammesso, si finirebbe con comprimere il secondo, giustificando il recupero delle garanzie in sede di dialettica e partecipazione processuale.

Da ultimo, ai paragrafi 2 e 3, l'art. 6 CEDU prevede oltre al diritto di presunzione di innocenza, un set di garanzie che devono essere assicurate all'imputato durante il processo.⁴⁵

Giova ricordare che il sistema di garanzie appena descritto troverà applicazione non solo per i processi penali in senso stretto, ma ogni qualvolta si avrà riguardo a misure punitive che, ancorché qualificate come amministrative dall'ordinamento nazionale, per la loro severità assumono colorazione penale secondo l'orientamento della Corte EDU, ovvero a decisioni che incidano su diritti o doveri di carattere civile.

⁴⁴ L'espressione appartiene a S. CIAMPI, *Alla ricerca di un procedimento camerale giusto: l'udienza pubblica tra esigenze di garanzie e obiettivi di funzionalità*, in *Diritto penale e processo*, 12/2014, pag. 13 e ss.

⁴⁵ Art. 6, CEDU, paragrafi 2 e 3: *Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.*

II. CAPITOLO

LA NOZIONE DI *CRIMINAL OFFENCES* E GARANZIE DIFENSIVE *EX ART. 6 CEDU*

1. *Il concetto di criminal offences nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Una disamina dell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU deve prendere le mosse da una definizione del concetto di *criminal offences* richiamato dal dettato normativo in materia di equo processo.

Invero, la Corte europea dei diritti dell'uomo, onde rispondere ad esigenze di tutela dei cittadini ed evitare che venisse ristretto sensibilmente l'ambito di applicazione delle garanzie *ex art 6 CEDU*, ha elaborato una nozione autonoma di "accusa penale" privilegiando l'aspetto funzionale rispetto a quello meramente formale – classificatorio⁴⁶.

Donde, i Giudici di Strasburgo, ponendo l'accento sull'idoneità delle sanzioni amministrative di incidere significativamente sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, le hanno considerate *criminal offences* al pari delle sanzioni formalmente penali, accogliendo così un'impostazione che valorizzasse il profilo sostanzialistico.

La differenza con la nozione di "accusa penale" tipica degli ordinamenti nazionali dei singoli Stati contraenti è di pronta evidenza.

Infatti, nella nostra esperienza nazionale l'impostazione che si è maggiormente affermata è germinata dalla considerazione che le sanzioni amministrative sono ben distinte da quelle penali sia sul piano formale, perché irrogate da un'Autorità amministrativa, sia sul piano funzionale, perché adottate nell'esercizio di una funzione amministrativa⁴⁷.

Per contro, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha valorizzato maggiormente il profilo funzionale della nozione di «*criminal offences*», individuando una nozione uniforme di sanzione su basi essenzialmente

⁴⁶ GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzioni amministrative in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. .it dir. pubbl. com., 2014, 333 e ss.

⁴⁷ Sul rapporto tra sanzioni amministrative e sanzioni penali e il progressivo processo di depenalizzazione vedi il capitolo III.

sostanzialistiche.

La Corte di Strasburgo nel *leading case Engel and others c. the Netherlands*⁴⁸ ha elaborato alcuni criteri al ricorrere dei quali si è in presenza di un'accusa penale al fine dell'inquadramento della fattispecie nell'ambito della normativa CEDU.

Ne consegue che gli eventuali aspetti amministrativi della sanzione sfumano alla luce della sua natura ontologicamente penale, giacché l'esercizio di una funzione amministrativa non contrasta di per sé con il carattere afflittivo della sanzione.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, quindi, per stabilire se si è in presenza di una «*accusa in materia penale*»⁴⁹, privilegia il ricorso ai c.d. *Engel criteria*, ossia tre criteri di natura alternativa e non cumulativa, giacché il *nomen juris* (*recte*: la qualificazione giuridica) attribuito nel diritto nazionale – considerato *sic et simpliciter* – può determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 CEDU riservano alla materia penale.

Il primo dei predetti criteri riguarda la natura dell'infrazione ovvero la qualificazione giuridica adoperata dalla legislazione nazionale: la classificazione penale che l'ordinamento nazionale attribuisce a un determinato illecito è una valutazione meramente relativa e un punto di partenza per stabilire se il provvedimento sanzionatorio possa avere connotati penalistici.

Aliis verbis, laddove l'accusa sia qualificata come penale nell'ordinamento di

⁴⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *Engel and others c. the Netherlands*, § 81: «*The converse choice, for its part, is subject to stricter rules. If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention. The Court therefore has jurisdiction, under Article 6 (art. 6) and even without reference to Articles 17 and 18 (art. 17, art. 18), to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal. In short, the "autonomy" of the concept of "criminal" operates, as it were, one way only*».

⁴⁹ F. CINTIOLI, Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust, Riv. Dir. Proc. Amm., 2/2015, pagg. 513 e ss.

uno Stato contraente senz'altro troveranno applicazione le garanzie del giusto processo; non è altresì vero il contrario: un illecito che non sia ritenuto penale dal sistema nazionale non esclude a priori l'applicabilità dell'art. 6 CEDU⁵⁰.

È evidente quindi che il criterio formale appena descritto viene in rilievo laddove amplia il perimetro di ciò che rientra nella nozione di “*criminal charges*”; per contro non ha valore nel caso in cui delimiti – in modo ermetico – l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU.

Il secondo criterio richiamato dai Giudici di Strasburgo dipende dalla natura sostanziale della sanzione che deve avere una funzione deterrente e repressiva.

In via preliminare, onde definire una sanzione come penale occorre soffermarsi sugli interessi che sono tutelati e la risposta è positiva quando essi hanno carattere generale ovverosia sono assimilabili – ancorché in senso lato – a quelli tutelati in sede penale.

Orbene, la funzione che la sanzione intende concretamente perseguire ha carattere dirimente affinché la stessa possa essere qualificata come penale: non è sufficiente che la sanzione abbia uno scopo unicamente riparatorio e ripristinatorio, bensì è necessario che abbia un carattere preventivo, di dissuasione dal commettere nuovamente l'illecito, nonché repressivo.

Infatti, la Corte ha più volte precisato che non possono essere considerate sanzioni penali quelle finalizzate a ripristinare la sfera di legalità violata ripristinando l'interesse pubblico leso ed eliminando le conseguenze della condotta illecita⁵¹.

L'ultimo criterio – di natura sussidiaria – concerne la severità della sanzione,

⁵⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel and others c. the Netherlands*, § 82: *In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States.*

⁵¹ Vedi E. CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le Sanzioni Amministrative*, Atti del XXVI Convegno di scienza dell'amministrazione, Varenna, 18 – 20 settembre 1980, Milano 1982, 48 e ss; E. CACCIOPOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, ibidem, 88 e ss;

che assume una connotazione penale anche quando è solo di carattere pecuniario, purché essa sia rilevante⁵².

Donde, ai sensi dell'art. 6 CEDU, devono essere ricondotti nell'alveo delle sanzioni penali, anche i provvedimenti sanzionatori amministrativi che non comportano una restrizione della libertà personale bensì hanno natura meramente pecuniaria.

È dirimente che la norma violata sia diretta alla generalità dei consociati, giacché, laddove fosse destinata solo ad una determinata categoria di soggetti, acquisterebbe natura disciplinare e per consolidato ordinamento della Corte EDU, rientrerebbe nella sfera di operatività dei *civil rights and obligations*⁵³.

Inoltre, il grado di severità della sanzione acquista un valore minore se si considera che tale criterio si pone in una relazione di sussidiarietà rispetto alla natura della sanzione, sicché nel caso in cui la sanzione abbia già di per sé una funzione punitiva e deterrente non è necessario che sia al contempo afflittiva.

La Corte di Strasburgo ha altresì precisato che una sanzione, perché possa essere definita severa, non è necessario che sia grave in senso oggettivo bensì dipende dalla capacità della stessa di incidere sulla situazione giuridica del

⁵² Nel nostro ordinamento giuridico, in caso di illecito anticoncorrenziale, è prevista l'applicazione da parte della A.G.C.M. di sanzioni pecuniarie estremamente gravose; a ciò si aggiunge anche un eventuale danno alla reputazione, in termini di perdita di credibilità, certezza, sicurezza e *chances commerciali*, che potrebbe subire l'impresa nei settori di mercato in cui opera; l'art. 15 della Legge 287/1990 prevede che *nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione; 2. In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni.*

⁵³ Corte Europea dei diritti dell'uomo, application 26138-1995, Lauko c. Slovakia; al riguardo è opportuno rammentare che nel caso in cui vi sia la lesione di uno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione EDU ovvero la sanzione risarcitoria comporti un sacrificio patrimoniale diretto troveranno applicazione – in sede sanzionatoria – le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

destinatario⁵⁴.

Una disamina completa impone di rammentare che la Corte si è approcciata al concetto di severità della sanzione in modo assai flessibile; a volte ha fatto ricorso a criteri astratti giudicando una misura punitiva grave perché già rigida in via edittale, altre volte ha precisato che il rigore di una sanzione è connessa alla capacità – in concreto – di incidere sulla situazione giuridica dell'autore dell'illecito.

Donde, la Corte di Strasburgo, nel solco di una giurisprudenza ormai consolidata, ha elaborato una nozione autonoma di «sanzione «penale» che nell'ordinamento giuridico nazionale si suddivide in due sottocategorie: le *sanzioni penali formalmente penali* e le *sanzioni penali formalmente amministrative*.

Il paradigma archiettato in sede sovranazionale è stato ben presto recepito dall'ordinamento nazionale.

Ed infatti, la Corte Costituzionale con la sentenza 27 febbraio 2009, n. 56⁵⁵, ha stabilito che l'art. 6 della Convenzione europea a salvaguardia dei diritti dell'uomo *non trova applicazione nel processo tributario, in quanto tale contenzioso esula dall'ambito dei diritti e obblighi di natura civile, salvo che il giudizio abbia “ad oggetto anche l'applicazione di sanzioni amministrative, intendendo per tale ogni prestazione pecuniaria diversa da quella d'imposta che*

⁵⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 16 settembre 2009, application 13079-2003, *Routsalainen v. Finland*, § 43: *The Court's established case-law sets out three criteria, commonly known as the “Engel criteria” (see Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, Series A no. 22), to be considered in determining whether or not there was a “criminal charge”. The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. The second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative. It is enough that the offence in question is by its nature to be regarded as criminal or that the offence renders the person liable to a penalty which by its nature and degree of severity belongs in the general criminal sphere (see Ezeh and Connors v. the United Kingdom [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, § 86, ECHR 2003-X). The relative lack of seriousness of the penalty cannot divest an offence of its inherently criminal character (see Öztürk v. Germany, judgment of 21 February 1984, Series A no. 73, § 54, and Lutz v. Germany, judgment of 25 August 1987, Series A no. 123, § 55).*

⁵⁵ Corte Costituzionale, 27 febbraio 2009, n. 56, *Ortenzi C. Ministero dell'economia e delle finanze e altro*, Foro it. 2010, 3, I, 807.

*non abbia carattere reintegrativo della pretesa erariale*⁵⁶.

Sennonché, la piena equiparazione tra sanzione penale e sanzione amministrativa – almeno sul piano concettuale – si è avuta con la decisione della Consulta n. 196 del 2010, ove viene ribadito che *dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*⁵⁷.

Tuttavia, è opportuno sottolineare che la qualifica unitaria di *sanzione penale* in ambito CEDU, come appena descritta, non rispecchia completamente il quadro che emerge dalle decisioni della Corte EDU.

Invero, i Giudici di Strasburgo, hanno operato un'attenta distinzione tra un diritto penale in senso stretto definito '*hard core of criminal law*' e procedimenti che, pur culminando in sanzioni caratterizzate da un impatto significativo in termini di incidenza sul patrimonio e sulla libertà personale, non sono riconducibili nell'ambito tradizionale del diritto penale⁵⁸.

La Corte ha ricollegato tale situazione alla circostanza che il significato

⁵⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 3 giugno 2014 - Ricorso n. 61244/09 - Pahor e altri c. Italia, § 17; ove viene ribadito che le garanzie difensive prescritte dall'art. 6, § 1, CEDU, non operano per le controversie fiscali: In ogni caso, essa ricorda che le controversie fiscali non rientrano nell'ambito dei diritti e doveri di carattere civile, nonostante gli effetti patrimoniali che esse producono necessariamente per il contribuente (si veda Ferrazzini c. Italia [GC], n. 44759/98, § 29, CEDU 2001 VII).

⁵⁷ Corte Costituzionale, 4 giugno 2010, n. 196, in Cassazione penale 2011, 2, 528; la Consulta dopo aver ribadito che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica», giacché, se il suo contenuto consiste sempre nella «privazione di beni economici», essa «può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa», riconosce carattere sanzionatorio alla confisca disposta nel caso oggetto di decisione e, pertanto, rammenta che la sua applicazione avrebbe dovuto rispettare le garanzie difensive della Convenzione e, in particolare, il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo di cui all'art. 7 CEDU.

⁵⁸ Quest'orientamento trova il suo *incipit* nella sentenza, *Ozturk c. Germany*, 21 febbraio 1984, caso 8544/79; vedi anche M. ALLENA, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, Editoriale Scientifica, pag. 73: 'Si è detto che la sentenza madre in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, ossia il caso *Ozturk* del 1984, ammetteva la depenalizzazione solo in caso di sanzioni poco gravi, ossia in presenza di minor offence ... ciò a patto che la carenza di garanzie in fase procedimentale potesse essere compensata in sede giurisdizionale (ovviamente eventualmente ed ex post) attraverso un giusto processo pienamente sostitutivo di full jurisdiction'.

autonomo di *criminal offence* adottato in ambito convenzionale ha attratto all'area penalistica casi non strettamente appartenenti al diritto penale degli Stati contraenti, come appunto le sanzioni amministrative.

Ed in effetti, già prima del caso *Jussila v. Finland*⁵⁹, relativo a sanzioni tributarie, la giurisprudenza sovranazionale aveva fatto riferimento al concetto di *minor offence*, tuttavia senza delineare con precisione il significato e l'ambito di operatività.

Le maggiori implicazioni si rinvencono soprattutto con riguardo alla possibilità di recuperare *ex post* la mancanza, in fase procedimentale, delle garanzie *ex art. 6 CEDU*, attraverso un sindacato di *full jurisdiction* nella successiva sede processuale.

Per vero, per quanto concerne i casi non ricompresi nell'ambito del c.d. nocciolo duro del diritto penale, secondo l'orientamento della Corte non vi sarebbe la necessità che tutte le garanzie prescritte dall'art. 6, par. 1, CEDU, siano realizzate nella fase procedimentale amministrativa, quando il provvedimento sanzionatorio sia sottoposto ad un controllo giurisdizionale pieno ed effettivo che permetta di 'recuperare' tutte le garanzie previste dalla Convenzione Europea⁶⁰.

Tuttavia, è opportuno evidenziare che vi è un orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, inaugurato con la decisione *Jussila v. Finland*, che cerca di delineare in maniera netta e problematica la separazione tra l'*hard core of criminal law* e le *minor offences*.

La Corte ha ritenuto che la dilatazione delle nozioni di "accusa penale" e di "sanzione penale" non devono sfociare nell'estensione delle garanzie dell'equo processo anche a quei procedimenti che si caratterizzano per la mitezza del male che viene inflitto.

⁵⁹ Corte EDU, *Jussila v. Finland*, 23 novembre 2006, caso 73053/01, §. 43.

⁶⁰ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, pag. 73: ' le sanzioni minori ... onde evitare meri, sproporzionati, formalismi, possono vedere parzialmente escluse o comunque rinviare alla fase giurisdizionale (*ex post* ed eventualmente) le garanzie dell'art. 6 CEDU, purché sia assicurata, in quella sede, una *full jurisdiction*.

Orbene, da quanto sin ora espresso emerge che la Corte EDU è ben consapevole che non sarebbe credibile e funzionale un sistema che non riconosce l'obiettivo differenza tra sanzioni più o meno severe, e sarebbe più opportuno quando viene in rilievo una misura punitiva connotata da un minor livello di gravità non applicare cumulativamente le garanzie *ex art. 6 CEDU*.

Ed è proprio sulla scorta di tale impostazione che va ricercata la chiave di lettura di quegli interventi della Corte che marcano con decisione la separazione tra misure punitive minori o maggiori.

Se ne può dedurre quindi che nel primo caso, onde evitare un eccessivo "appesantimento" della fase procedimentale, le garanzie assicurate dall'art. 6, §1, CEDU, possono trovare attuazione anche in una successiva fase giurisdizionale, purché, in detta sede, la controversia sia decisa da un organo dotato di *full jurisdiction*; per contro, per le sanzioni connotate da un alto grado di afflittività le garanzie dell'equo processo devono trovare necessariamente attuazione già in sede procedimentale, sempre che – come correttivo – non sia esclusa l'immediata esecutività del provvedimento sanzionatorio.

Donde, a questo punto, non può che procedersi ad un'analisi critica del concetto di *full jurisdiction* in sede nazionale, comunitaria e convenzionale.

*

2. Profili problematici della nozione di *full jurisdiction*

La scelta di prevedere per le fattispecie che esulano dalla sfera di operatività dell'*hard core of criminal law* una fase procedimentale connotata da una certa snellezza, dove non vengono assicurate tutte le garanzie dell'equo processo, comporta che la fase amministrativa sia sottoposta *ex post* e in via di correttivo al *deficit* di garanzie, al sindacato di un giudice terzo, imparziale e dotato di *full jurisdiction*.

L'impostazione della Corte si pone in linea di continuità con il fenomeno della depenalizzazione ove la maggiore celerità dei procedimenti affidati alla Pubblica Amministrazione si accompagna altresì ad una riduzione delle garanzie procedurali.

Ciò tuttavia non deve consentire ai singoli Stati contraenti di eludere l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

Il principio di *full jurisdiction* si esplica nel potere del giudice di poter accedere pienamente al merito della questione controversa, ovverosia nella possibilità di potere valutare il fatto come il diritto, *point by point*, senza mai dover declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere⁶¹.

Il Tribunale deve avere *il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore; in particolare esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito*⁶² e valutare ogni elemento di prova che rilevi per una corretta valutazione della fattispecie.

Ciò senza che il giudice sia vincolato dai precedenti accertamenti degli organi amministrativi su punti decisivi per l'esito del caso, così prescindendo da un esame indipendente di tali questioni⁶³.

Orbene, occorre rilevare che il concetto di *full jurisdiction* rileva nell'ambito del sistema CEDU non solo come strumento di attuazione delle garanzie dell'equo processo nei procedimenti sanzionatori condotti da un'Autorità amministrativa, bensì si presenta come corollario della nozione di Tribunale delineata dalla Convenzione EDU.

Invero un Tribunale perché possa essere definito tale deve avere il potere di

⁶¹ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. I, 17 aprile 2012, caso n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, § 52, § 50: "it considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction when replying to them or ascertaining various facts".

⁶² F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. Proc. Amm.* 2/2015.

⁶³ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sez. V, 21 luglio 2011, casi nn. 32181/04 35122/05, *Sigma Radio Televisioni Ltd v. Cyprus*, § 157: « Where, however, the reviewing court is precluded from determining the central issue in dispute, the scope of review will not be considered sufficient for the purposes of Article 6 (see *Tsfayo*, cited above, § 48). The Court has therefore found violations of Article 6 § 1 in cases where the domestic courts considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the issues independently [...] In addition the Court has found a violation of Article 6 where a ground of challenge has been upheld by the reviewing court but it was not possible to remit the case for a fresh decision by the same or a different body (see *Kingsley*, cited above, § 32)».

decidere tutte le questioni di fatto e di diritto che rilevano per la controversia, il che non è possibile laddove sia vincolato ad un altro organo dello Stato il cui accertamento è cristallizzato e non può essere più oggetto di scrutinio.

Ciò, come già abbiamo accennato, non rileva solo per le sanzioni amministrative ma per tutte quelle situazioni giuridiche tutelate dalla Convenzione EDU cui deve essere garantita l'effettività della tutela giurisdizionale alla stregua dell'art 13 CEDU che così dispone: *ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.*

Orbene, tornando alle sanzioni amministrative, ne consegue che se è vero che il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa una "pena" sia imposta in primo luogo da un'Autorità amministrativa, è altresì vero, anzi necessario, che, laddove il procedimento sanzionatorio non soddisfi esso stesso le garanzie dell'equo processo, sia successivamente sottoposto al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione.

La Corte di Strasburgo ha operato una sorta di "compensazione giurisdizionale delle garanzie": una sanzione può essere inizialmente imposta anche da un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni dell'art. 6 della CEDU, purché sia garantita, *ex post*, la possibilità di attivare un controllo 'pieno' di un organo giurisdizionale (*full jurisdiction*), rispondente ai requisiti di cui alla citata norma della Convenzione che consente di rimediare al *deficit* di tutela della fase amministrativa.

E solo un'analisi condotta *point by point* su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza nessun vincolo con l'accertamento già realizzato dalle Autorità amministrative, consente di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative realizzando un *continuum* tra il procedimento amministrativo e il processo giurisdizionale, due fasi di un unico iter sanzionatorio.

Tuttavia, è opportuno sottolineare che la flessibilità del momento realizzativo delle garanzie difensive deve essere correttamente inteso.

La compensabilità tra la fase procedimentale e la fase processuale può aver luogo solo nel caso in cui sia esercitato un potere da parte dell'Autorità Amministrativa, sicché eventuali *deficit* difensivi della fase procedimentale possono trovare realizzazione in sede giurisdizionale; è ben diverso invece quando le garanzie difensive vengono comprese nell'ambito di un'attività esercitata da un organo giurisdizionale e si tenta il recupero mercé la compensazione tra le varie fasi processuali (giudizio di primo grado e giudizio di gravame).

In sede giudiziale le garanzie previste dall'art. 6 CEDU devono normalmente trovare applicazione fin dal primo grado di giudizio; se così non è, ne consegue un vizio della sentenza che sicuramente non può essere sanato mercé un recupero *ex post* in sede di impugnazione.

Donde, è palese che è proprio la peculiarità del modo di esplicarsi del potere amministrativo che consente di giustificare il diverso approccio alle tutele di cui all'art. 6 CEDU.

Inoltre, autorevole dottrina ha più volte valutato con scetticismo la possibilità che le sanzioni amministrative più severe e più incisive sulla sfera giuridica dei consociati tollerino un recupero *ex post* delle garanzie dell'equo processo che dovrebbero, invece, proprio per la gravità della sanzione, trovare attuazione già in sede procedimentale.

Invero, non riconoscere un automatico effetto sospensivo al ricorso innanzi ad un'autorità giurisdizionale dotata di pieni poteri, significherebbe esporre il destinatario della sanzione ad un *malum* immediato frutto di un'attività procedimentale ove non hanno trovato attuazione le garanzie *ex art. 6 CEDU*, con chiara violazione del principio del principio *nulla poena sine (previo) iudicio*⁶⁴.

⁶⁴ GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2014, pag. 64 e ss; Ibidem, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia*

Tuttavia è opportuno evidenziare che la presente impostazione non tiene conto di due circostanze dirimenti: riconoscere un effetto sospensivo *ex lege* al ricorso all'autorità giurisdizionale, implicherebbe consentire al destinatario della sanzione, frutto di un accertamento svolto in sede amministrativa, la possibilità di dilatare nel tempo l'adempimento della sanzione; ciò è ancor più vero se si considera i tempi processuali dello Stato italiano.

Inoltre, se è vero che la giurisprudenza nazionale ha elaborato il principio del giusto procedimento, in forza del quale in ogni procedimento amministrativo deve essere assicurato un nucleo irriducibile di garanzie, non si può assimilare il giusto procedimento con il giusto processo, rendendo così doveroso anticipare già in sede procedimentale garanzie tipiche della fase giurisdizionale.

È opportuno rilevare che la pienezza del sindacato e dei poteri decisorii dell'autorità giurisdizionale deve essere valutata in concreto, con attenzione unicamente alla controversia che l'organo giurisdizionale è chiamato a decidere.

Il parametro di riferimento per un apprezzamento circa l'effettività del sindacato giurisdizionale, ovverossia se lo scrutinio del giudice sia stato vasto e penetrante e non si sia limitato ad un mero giudizio in termini di legittimità, è rappresentato dalla domanda e dalle istanze di parte formulate innanzi al giudice nazionale.

Donde, la valutazione sul rispetto del principio di *full jurisdiction* si articola in due *steps*.

Il primo, è costituito dalla corretta individuazione delle esigenze di tutela espresse davanti all'organo giurisdizionale; il secondo dalla risposta alle esigenze di tutela specificamente manifestate dal cittadino.

Ebbene, in ordine al primo profilo, il canone di *full jurisdiction* viene in rilievo solo ove il destinatario della misura punitiva abbia lamentato la violazione di determinate garanzie dell'equo processo in sede procedimentale.

amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti, in Rivista di Dir. Proc. Amm., 2/2015, pag. 546 e ss.

Per quel che concerne la risposta dell'Autorità giudiziaria alle esigenze di tutela specificamente manifestate dal cittadino, le implicazioni di una valutazione in concreto dell'esercizio del potere di *full jurisdiction* sono sostanzialmente due.

Premessa del ragionare è che al soggetto interessato deve essere sempre garantita la pienezza del sindacato giurisdizionale.

Talchè, non rileva che l'ordinamento giuridico nazionale attribuisce all'organo giudiziario un *asset* di poteri istruttori, cautelari, di cognizione e decisorii se in concreto non vengono esercitati, lasciando il consociato sprovvisto di tutela anche in sede processuale.

Parimenti, è irrilevante se in astratto l'ordinamento nazionale prevede una tutela di mera legittimità e, al contrario, il Tribunale esercita in concreto un sindacato che si spinge sino a un sindacato intrinseco, valutando tutte le questioni di fatto e di diritto e fornendo così risposta alle richieste di tutela fornite dal consociato⁶⁵.

Pertanto, giova rammentare che la Corte EDU non è chiamata a valutare la generale conformità della normativa nazionale rispetto a quella convenzionale, bensì si occupa di chiare e precise violazioni che devono essere lamentate in modo dettagliato dall'individuo nel ricorso introduttivo.

Le conseguenze di quanto affermato sin ora sono evidenti.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 2001, application n. 33776/1996, *Potocka and others v. Poland*: *As to the Supreme Administrative Court's powers to examine factual issues, the Court observes that the extensive reasoning given by that court in its judgment shows that it considered all the applicants' submissions on their point. In point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or in ascertaining the relevant facts. It also notes that the Supreme Administrative Court did so even though it could have limited its analysis to finding that the contested decisions had to be upheld in the light of the procedural and substantive flaws. The 1990 application. To sum up, the Court observes that the Supreme Administrative Court had regard, first, to the expediency aspect of the case and the administrative authorities, under the head of procedural fairness, for their failure to conduct a detailed examination of the applicants' submissions in respect of their claim to the right of perpetual use of the property in issue. That court further examined the lawfulness of the contested decisions and found them lawful having regard to the fact that the 1990 application did not satisfy either the formal or the substantive criteria set by the applicable laws. It delivered a judgment which was carefully reasoned, and the applicants' arguments relevant to the outcome of the case were dealt with thoroughly. In view of the foregoing, the Court considers that of review of the Supreme Administrative Court was sufficient to comply with 6, § 1. There has been no violation of Article 6, § 1 of the Convention.*

Il destinatario della misura punitiva, potrà lamentare innanzi la Corte EDU la violazione del principio della parità delle armi in sede processuale allorché dimostri aver effettivamente tentato di esercitare le correlate facoltà istruttorie nell'ambito del processo innanzi al giudice nazionale.

Ed allo stesso modo, il destinatario della misura punitiva non potrà lamentare la violazione del principio di *full jurisdiction* se non dimostrerà di aver chiesto al giudice nazionale di compensare i *deficit* del procedimento amministrativo tramite un sindacato pieno.

Ed ancora, perché la Corte di Strasburgo possa affermare la mancata realizzazione della *full jurisdiction*, occorre che il ricorrente avanti alla Corte EDU abbia ivi specificamente lamentato tale profilo, secondo il principio del diritto processuale civile della corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 del codice di rito.

Aliis verbis, è necessario assicurare quel parallelismo tra censure in sede nazionale e censure lamentate innanzi alla Corte EDU, non essendo possibile ampliare il *thema decidendum* innanzi a quest'ultima; il tutto da coordinare con il principio secondo cui i giudici di Strasburgo possono decidere solo del caso concreto in ordine a violazioni identificate nei loro fatti costitutivi e denunciate dal ricorrente⁶⁶.

Pertanto, è errato tentare di assolutizzare sentenze della Corte europea che ritengano concretamente conformi al canone di *full jurisdiction* date manifestazioni di sindacato debole ed estrinseco del giudice nazionale, allorché non venga censurata, innanzi a quest'ultimo, la violazione delle garanzie ex art. 6 CEDU in sede procedimentale, e, innanzi al Giudice EDU, la violazione del diritto ad un equo processo.

*

⁶⁶ Sul tema, una sintesi efficace in GARDINO CARU, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005, 84 ss., che rileva altresì un'applicazione progressivamente più severa e formalistica del principio.

2.1. Segue: lettura del principio di *full jurisdiction* alla luce dei profili di criticità della discrezionalità tecnica

A questo punto occorre soffermarsi sull'effettiva possibilità per i Giudici Amministrativi e per i Giudici ordinari di realizzare un sindacato di *full jurisdiction* in ordine ai provvedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative.

L'analisi deve prendere le mosse da una disamina sulla profondità del sindacato che la Corte di Strasburgo ricollega al principio di *full jurisdiction*.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte riaffermato⁶⁷ che un Tribunale perché possa essere definito indipendente, terzo e imparziale deve avere il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, ovvero sia è necessario che il giudice nazionale abbia la capacità di sostituire la propria opinione rispetto a quella della Autorità amministrativa.

Ne consegue che volendo applicare le categorie di elaborazione nazionale, il sindacato del Giudice, sia esso amministrativo o ordinario, deve essere intrinseco e forte; in altri termini l'organo giurisdizionale deve avere la possibilità di ripercorrere le indagini specialistiche e tecniche svolte dall'amministrazione⁶⁸ e quindi l'*iter* logico – giuridico, avvalendosi anche di un consulente tecnico d'ufficio; all'esito deve avere altresì la possibilità di sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'Autorità Amministrativa.

Volendo anticipare parzialmente le conclusioni, il sindacato del giudice amministrativo avverso i provvedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti può essere senz'altro definito intrinseco, tanto che i giudici hanno la possibilità di avvalersi di un consulente tecnico d'ufficio, ma al contempo non è forte; ciò nondimeno la Corte EDU ha ritenuto nella famosa sentenza *Menarini Diagnostic s.c. Italia* in materia di sanzioni antitrust

⁶⁷ Da ultimo nel caso *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014.

⁶⁸ La Corte Europea dei diritti dell'uomo osserva che se è vero che un giudice può incontrare difficoltà a sostituirsi a valutazioni tecniche complesse, tuttavia, per ovviare a ciò, si debbono creare dei giudici tecnici, o, in alternativa, si deve chiedere l'assistenza di consulenti tecnici del giudice. Non si può invece, in ragione del solo carattere tecnico complesso della questione, negare la pienezza del riesame giudiziale.

che il Giudice Amministrativo fosse dotato di un potere di *full jurisdiction*.

Tornando alla disamina dell'impostazione seguita dalla Corte EDU, questa ha altresì specificato che in caso di sanzioni penali - cui sono ricomprese anche le misure punitive solo formalmente amministrative - il principio di *full jurisdiction* richiede "*una piena competenza ad affrontare ex novo il caso*", così da giungere ad una indipendente rideterminazione *ab initio* dell'accusa penale nei confronti del ricorrente; è altresì necessario che il Giudice abbia la possibilità di valutare non solo la legittimità e fondatezza della pretesa sanzionatoria, ma anche di valutare in termini di opportunità se concedere una deroga totale o parziale dalle stesse.

Donde, l'autorità giurisdizionale non deve essere vincolata all'*ipse dixit* dell'amministrazione bensì deve esercitare un sindacato pieno, al fine di verificare esattamente se sussistono i presupposti per l'esercizio della potestà punitiva; ragionando per istituti giuridici, il sistema di impugnazione delle sanzioni amministrative innanzi all'autorità giurisdizionale deve essere paragonato ad un processo in grado di appello ove il Collegio ha la facoltà *di propria iniziativa di determinare gli elementi di prova che ritiene necessari, citare testimoni, annullare in tutto o in parte la decisione impugnata o riformarla anche solo in relazione all'importo delle sanzioni e sentire in udienza l'appellante. In altri termini, ciò significa che essa ha non solo il potere di controllare la decisione impugnata, ma anche quello di riesaminare il caso totale prospecta, ossia l'intera questione alla luce dei punti di diritto e di fatto sollevati dagli appellanti*⁶⁹.

L'analisi sopra condotta della giurisprudenza CEDU mostra una linea indubbiamente prevalente: quella per cui *full jurisdiction* significa giurisdizione intrinseca e forte nel senso di esercizio di un potere che può essere anche sostitutivo delle valutazioni eseguite dall'amministrazione; ciò che nel nostro ordinamento è possibile riscontrare solo nell'ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito.

*

⁶⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640-2010, Grande Stevens and others c. Italia, § 9.

2.2 Segue: profili nazionali del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica delle Autorità Amministrative Indipendenti

Le più importanti pronunce della giurisprudenza amministrativa e ordinaria in ordine al profilo della discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione hanno riservato uno spazio centrale ai provvedimenti delle Autorità Amministrative Indipendenti.

La natura, la forma e l'intensità del controllo esercitato dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario sui provvedimenti delle Autorità di Vigilanza sono state oggetto di una copiosa trattazione dottrinale⁷⁰ e di una *querelle* giurisprudenziale che risulta ben lontano dal sopirsi; ciò ancor di più in virtù degli interventi giurisprudenziali da parte della Corte di Giustizia⁷¹.

Procedendo con ordine, va detto che nel corso degli anni novanta il Legislatore ha ampliato i poteri del giudice amministrativo con riguardo alle sanzioni delle Autorità di Vigilanza⁷²; il riferimento corre in particolare alla Legge 287 del 1990 che ha attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo il potere di sindacare i provvedimenti dell'Autorità antitrust.

Il codice del processo amministrativo introdotto dal D.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 ha ulteriormente ampliato i poteri del giudice amministrativo

⁷⁰ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 107 e ss; LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2002; AGNINO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, Urbanistica e Appalti 2003, Vol. 4, 454; M. RENNA e F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012; BERTOLDINI, *La consulenza tecnica d'ufficio nella giurisdizione del Consiglio di Stato, la ricerca della prova attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell'azione amministrativa*, Foro Amministrativo 2003 CDS, 225; CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, Diritto amministrativo Processuale 2004, 1019; GIUNTA, *Il sindacato del giudice amministrativo si estende fino all'analisi compiuta dall'Autorità*, Guida al Diritto, 5 marzo 2005 n. 9; C. VIDETTA - F. FRACCHIA, *La tecnica come potere*, in Foro it., 2002, III, 498; R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in Dir. Proc. Amm., 2002, 3, 792; G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in Dir. proc. amm., 2012, 2, 718; R. TUMBILOLO, *Il sindacato del giudice penale sul titolo edilizio e paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in Rivista giuridica dell'ambiente, 2013, 6, 705.

⁷¹ Giova ricordare che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pone rispetto alle decisioni antitrust prese dalla Commissione in ambito comunitario nel medesimo rapporto con cui il Giudice Amministrativo si pone rispetto alle decisioni dell'A.G.C.M. in ambito nazionale.

⁷² Legge 287 del 10 ottobre 1990, art 33 in ordine alle sanzioni dell'A.G.C.M.; Legge 249 del 31 luglio 1997 in ordine alle sanzioni dell'A.G.COM.; Legge 481 del 15 novembre 1995.

attribuendo alla sua giurisdizione esclusiva e di merito anche la competenza a decidere sui provvedimenti emanati dalla CONSOB e dalla Banca d'Italia.

Ciò almeno sino all'intervento della Corte Costituzionale che con la decisione n. 162 del 27 giugno 2012⁷³, ravvisando un eccesso di delega, ha dichiarato l'incostituzionalità di tali attribuzioni con riguardo alle sanzioni CONSOB ed ha ribadito la competenza del giudice ordinario a decidere sui relativi provvedimenti⁷⁴.

Ciò nondimeno, la cognizione giurisdizionale sulle sanzioni amministrative è sempre però da analizzare nell'ambito della giurisdizione amministrativa, giacché le valutazioni compiute dalle *Authorities* sono da accostare alla discrezionalità tecnica, perché esse si fondano su concetti appartenenti anche a scienze non giuridiche, in particolare quelle economiche.

Da un'analisi delle più recenti decisioni del Consiglio di Stato sembra delinearsi una posizione di ulteriore consolidamento del potere del giudice amministrativo: il suo sindacato non dovrebbe essere meramente estrinseco,

⁷³ Corte Costituzionale, 27 giugno 2012, n. 162 del 2012: «*Quanto ai decreti legislativi adottati in attuazione della delega sopramenzionata, il giudice rimettente dubita anzitutto della legittimità costituzionale del "combinato disposto" degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio – sezione di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB, per avere il legislatore delegato ecceduto dai limiti stabiliti dalla legge di delega (art. 44 della legge n. 69 del 2009), con conseguente violazione dell'art. 76 Cost. Contestualmente il giudice rimettente dubita della legittimità costituzionale anche dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del d.lgs. n. 104 del 2010, da intendersi censurato nella parte in cui abroga le previgenti disposizioni attributive della giurisdizione in materia alla Corte d'appello. Nel merito, la questione è fondata con riferimento al parametro di cui all'art. 76 Cost. [...] La Corte ha sempre rimarcato che, a proposito di deleghe che abbiano ad oggetto la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, «l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è (...) ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato», giacché quest'ultimo non può innovare «al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega» (sentenza n. 293 del 2010), specificando che «per valutare se il legislatore abbia ecceduto [i] – più o meno ampi – margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega» (sentenza n. 230 del 2010).*

⁷⁴ La Corte Costituzionale con sentenza n. 94 del 15 aprile 2014 è nuovamente intervenuta sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto sanzioni amministrative irrogate da Autorità Indipendenti, nello specifico dalla Banca d'Italia, confermando la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

bensi dovrebbe spingersi sino a valutare l'attendibilità del processo logico, tecnico e giuridico seguito dall'Autorità.

Infatti, secondo un orientamento ormai superato il giudice amministrativo doveva limitare il proprio sindacato ad una verifica della legittimità dell'iter logico seguito dall'Autorità di vigilanza rilevando solo i vizi di manifesta illogicità e incongruenza, essendogli negato un accesso pieno al fatto; il giudizio era incentrato sull'atto amministrativo e non sull'attività, il che di fatto escludeva che nel corso del processo venisse effettuata una cognizione piena di tutti i fatti presi in considerazione dall'Autorità Amministrativa⁷⁵.

Per contro, ora la giurisprudenza amministrativa ha ribadito che il giudice può valutare direttamente l'attendibilità del criterio tecnico adoperato dall'amministrazione e del procedimento applicativo seguito; il sindacato postula una cognizione piena, mediante una ripetizione e analisi di tutto il procedimento cognitivo e valutativo seguito dall'Autorità; la tecnica non rappresenta un ostacolo per l'organo giudicante che può peraltro servirsi di ampi mezzi istruttori, compresa della consulenza tecnica⁷⁶.

Ai medesimi risultati è pervenuta anche la giurisprudenza comunitaria con riferimento alle valutazioni economiche complesse della Commissione in materia concorrenziale; la Corte di Giustizia ha chiarito che il sindacato del giudice deve essere pieno e penetrante non limitandosi a un controllo formale ma si spinge sino a una verifica dei fatti e dei criteri tecnico – giuridici utilizzati.

⁷⁵ Sulle valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e i poteri del giudice amministrativo vedi F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

⁷⁶ Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043, con nota di GILIBERTI, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, pag 741 e ss.: *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi discrezionali è ammissibile solo quando le valutazioni tecniche contenute nella determinazione amministrativa appaiano inattendibili sotto il profilo della ragionevolezza e della coerenza, in base alle conoscenze attuali, ed è quindi limitato al controllo dell'iter logico seguito dall'Autorità emanante ... La sindacabilità, da parte del giudice amministrativo, della discrezionalità tecnica esercitata dall'Amministrazione può essere limitata al controllo dell'iter logico seguito, ove ciò appaia sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano elementi tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche, giacché esula dai compiti del giudice il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico, effettuate dalla P.A.*

Ed è proprio in sede comunitaria che si è superata la dicotomia terminologica “sindacato forte” e “sindacato debole” per addivenire ad una nozione di effettività della tutela giurisdizionale:

In altri termini, il sindacato, per essere effettivo, deve arricchirsi con altre discipline, che integrino l'analisi da svolgere; sicché una volta consentito l'ingresso del giudice nel “fatto”, è legittimo (se non naturale) spingersi fino a valutare il modo in cui la regola tecnica è stata applicata dall'amministrazione.

D'altra parte sposare un'impostazione differente da quella appena richiamata significherebbe violare le garanzie di cui all'art. 6 CEDU essendo palese la mancanza di una giurisdizione piena e condotta *point by point* come richiesto dal principio di *full jurisdiction*.

Ebbene, è dirimente interrogarsi se risulta ostativo al concetto di *full jurisdiction* il divieto per il giudice di sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa, perché di questa è dato parlare solo quando si tratta di attività dell'amministrazione che comportino valutazioni per il perseguimento diretto dell'interesse pubblico.

Giova rilevare che il sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità delle sanzioni delle Autorità di Vigilanza incontra il limite del cosiddetto merito amministrativo⁷⁷, dovendosi necessariamente fermare di fronte alla soglia dell'opinabilità⁷⁸.

La Corte di Cassazione SS.UU. 20 gennaio 2014⁷⁹ ha confermato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti delle Autorità indipendenti, pur estendendosi ai profili tecnici, rimane un controllo debole ovvero sia non sostitutivo, chiamato a fermarsi innanzi al limite del merito amministrativo.

⁷⁷ G. VACIRGA, *Riflessioni sul concetto di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in Studi per il cinquantenario del Consiglio di Stato, Roma, 1981, III, 1584 ss.

⁷⁸ G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse della autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in Foro amm. CDS, fasc.11, 2012, 2817;

⁷⁹ Cfr. anche Cassazione Civile SS.UU., 29 aprile 2005, n. 8882; Cassazione Civile, 13 maggio 2013, n. 11345.

Infatti, laddove le valutazioni compiute dall'Autorità di Vigilanza includano apprezzamenti che abbiano un oggettivo margine di opinabilità, il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità.

In altri termini, il controllo eseguito dal giudice amministrativo deve essere esercitato nei limiti dell'attendibilità senza infrangere il confine dell'opinabilità onde evitare che il giudice si sostituisca all'amministrazione⁸⁰.

Rebus sic stantibus, il giudice amministrativo ha una giurisdizione piena e profonda in ordine al *quantum* delle sanzioni irrogate dalle Autorità di vigilanza; per contro, l'*an* della sanzione ovvero l'accertamento dei presupposti della misura punitiva può essere sindacato solo nei limiti dell'attendibilità.

Resta da capire se il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti sanzionatori delle Autorità Indipendenti possa garantire una *full jurisdiction* in punto di legittimità della pretesa sanzionatoria.

È stato teorizzato che solo eliminando il limite del merito amministrativo si può effettivamente raggiungere la soglia della giurisdizione piena; ciò suggerendo un'interpretazione dell'art. 134, comma 1, lett. C del codice del processo amministrativo⁸¹ diversa da quella fatta propria della giurisprudenza

⁸⁰ Cassazione Civile SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013, Relatore Dott. Rordorf, Giustizia Civile Massimario 2014: «Sarebbe davvero ingenuo supporre che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, offra sempre risposte univoche. E' vero invece - e lo si è già accennato - che sovente esso conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità. In situazioni di tal fatta il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo. Con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto».

⁸¹ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 134, comma 1, lett. C: *Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto ... le sanzioni*

amministrativa che perimetra l'ambito di operatività di tale norma solo alla definizione del *quantum* delle sanzioni; donde, la giurisdizione di merito, come tale sostitutiva della valutazione eseguita dall'amministrazione, non riguarderebbe solo la quantificazione delle sanzioni, bensì anche l'*an* ovvero sia i presupposti (di fatto e di diritto) alla base della misura punitiva.

Lo scrivente chiaramente non ignora che la legittimità del sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM già è stata sottoposta al vaglio della Corte EDU nel caso *Menarini Diagnostics c. Italia*

Tuttavia, è altresì opportuno ricordare che le note dissenzienti del Giudice Pinto De Albuquerque, nonché l'orientamento della Corte di Giustizia in ordine al sindacato sulle misure sanzionatorie della Commissione, aprono più di qualche semplice breccia nel ragionamento perfezionato dalla Corte EDU e sulla tenuta complessiva della dialettica procedimentale – processuale del procedimento dell'AGCM alla luce dei principi della *full jurisdiction* e più in generale ex art 6 CEDU⁸².

*

3. Nozione di criminal offences, granazie difensive ex art. 6 CEDU e ordinamento comunitario

L'esame del principio di *full jurisdiction* in sede comunitaria deve necessariamente germinare da una disamina della nozione di «accusa penale» recepita dalla Corte di Giustizia.

Giova ricorda che, ancorché non vincolata al rispetto dei principi della convenzione EDU, la Corte di Lussemburgo ha costantemente riconosciuto che le garanzie riconosciute dalla CEDU sono parte integrante dei principi generali di cui la Corte assicura l'osservazione.

Ciò ha trovato oggi conferma nell'art. 6, par. 2, del Trattato dell'Unione Europea secondo cui *l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la*

pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123;

⁸² Sul tema vedi il capitolo IV, paragrafo 4.

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

Consegue che laddove si dovesse perfezionare il procedimento di adesione dell'Unione Europea alla CEDU⁸³, le garanzie dell'equo processo acquisteranno il rango di norma comunitaria⁸⁴.

Sino a tale momento, la Corte di Giustizia⁸⁵ ha ribadito che, in caso di conflitto tra il diritto nazionale e la CEDU, anche se, come conferma l'articolo 6,

⁸³ In questo caso il condizionale è d'obbligo considerato che la Corte di Giustizia con parere 2/13, reso il 18 dicembre 2014 si è pronunciata sul progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione EDU ha individuato alcuni problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione: *inidoneità del progetto di accordo a preservare le caratteristiche tipiche dell'ordinamento dell'Unione europea (primato ed effetto diretto della normativa comunitaria); - rischio di pregiudizio della procedura di rinvio pregiudiziale in seguito all'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla CEDU; - violazione del monopolio in capo alla Corte di giustizia circa le controversie tra Stati membri che mettano in causa il diritto dell'Unione europea; - rischio che sia pregiudicato il riparto delle competenze stabilito dai Trattati per effetto del conferimento alla Corte EDU del potere di interpretare il diritto UE in caso di giudizio sull'ammissibilità del meccanismo del convenuto aggiunto, nonché rischio di incidere sulle riserve sollevate da alcuni Stati membri sulla CEDU; - violazione delle competenze dell'Unione e delle attribuzioni della Corte in relazione alle regole sul previo coinvolgimento della Corte di giustizia di fronte alla Corte EDU in quanto non è stabilito che sia l'Unione a decidere se la Corte di giustizia si sia già pronunciata sulla questione pendente davanti alla Corte EDU e in quanto limitano il meccanismo alle sole questioni di validità e non anche di interpretazione; - violazione delle caratteristiche specifiche dell'ordinamento UE con riguardo alla politica estera e di sicurezza comune in quanto una corte esterna all'UE non può avere il potere di contestare la validità di suoi atti allorquando la Corte di giustizia non abbia tale competenza, come accade nella maggioranza degli atti della PESC, in questi termini C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla Cedu*, in www.questionegiustizia.it; vedi anche M. PARODI, *Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in www.federalismi.it; E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in ww.forumcostituzionale.it, 8 gennaio 2015; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in www.sidi-isil.org; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione Europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 127 e ss.; se l'adesione dovesse perfezionarsi (il condizionale è d'obbligo all'attualità), l'Unione sarà obbligata a conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo nei procedimenti nei quali sia parte e verosimilmente si consoliderà ancor più il rapporto tra le due Corti.*

⁸⁴ Occorre precisare che la Carta Europea dei diritti dell'uomo riproduce quasi totalmente le garanzie previste dalla Convenzione Europea; ed infatti l'art. 47 della Carta di Nizza prevede che *ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.*

⁸⁵ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10.

paragrafo 3, TUE, i *diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale*⁸⁶.

Orbene, l'applicazione delle garanzie dell'equo processo ha acquisito rilevanza in sede comunitaria in ordine ai procedimenti sanzionatori *antitrust* condotti dalla Commissione, cui è attribuita anche la funzione di garantire il principio della libera concorrenza nel mercato comune.

Il che assume ancora maggior peso se si considera che la normativa nazionale in materia di libera concorrenza è fortemente influenzata dal diritto comunitario; ed infatti, è lo stesso dettato normativo di cui all'art. 1, L. 287 del 10 ottobre 1990, che prevede che *l'Autorità applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante*.

Ciò premesso si deve considerare che le sanzioni *antitrust* della Commissione Europea sono espressamente qualificate come amministrative dall'art. 23, n. 5, del Regolamento CE 1/2003, nonostante abbiano un carattere deterrente e punitivo tale da consentire una colorazione penale delle stesse secondo il criterio funzionale elaborato dalla Corte di Strasburgo.

⁸⁶ Vedi anche Corte di Giustizia, *sentenza del 24 aprile 2012, Kamberaj, C-571/10, punto 62*.

Ciò a dispetto di un orientamento già espresso dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo⁸⁷ nel caso *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany* del 9 febbraio 1990⁸⁸, ove venne stabilito che nei procedimenti sanzionatori antitrust devono trovare ingresso le garanzie dell'equo processo previste dall'art. 6 CEDU.

Tuttavia, la Commissione EDU, nel caso d'ispcie, aveva stabilito che se è vero che i procedimenti antitrust, giusta la gravità delle sanzioni adottate, avrebbero dovuto assicurare le garanzie difensive ex art. 6 CEDU, è altresì vero che la normativa convenzionale non sarebbe stata violata poiché la sanzione sarebbe stata resa nell'ambito di un ordinamento giuridico che non era parte della CEDU e che pertanto non poteva ritenersi vincolato.

Né poteva venire in rilievo una condotta negligente della Stato tedesco - membro della Comunità Europea e al contempo aderente alla Convenzione - per non aver valutato l'illegittimità del procedimento sanzionatorio per violazione dell'art. art 6 della Convenzione cui la Germania aveva aderito, giacché *it would be contrary to the very idea of transferring powers to an international organisation to hold the member States responsible for examining, in each individual case before issuing a writ of execution for a judgment of the European Court of Justice, whether Article 6 (Art. 6) of the Convention was respected in the underlying proceedings*⁸⁹.

⁸⁷ Secondo l'originaria impostazione della Convenzione, la commissione europea dei diritti dell'uomo era l'organo cui era affidato in prima istanza uno scrutinio dei ricorsi ricevuti contro gli stati per violazione della normativa convenzionale. La Commissione valutava l'ammissibilità e la ricevibilità dei ricorsi e tentava una composizione tra le parti in lite; laddove ciò non fosse stato possibile la Commissione redigeva una relazione ed essa stessa o uno Stato contraente – giacché non era consentito ai singoli esperire ricorso – potevano adire la Corte. Nel 1998, con l'adozione del Protocollo 11, è stata introdotta la possibilità per gli Stati contraenti e per i singoli di adire direttamente la Corte EDU per denunciare una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. L'introduzione di un siffatto meccanismo è legato a un rafforzamento del potere, o meglio della concezione, giurisdizionale della Corte di Strasburgo.

⁸⁸ Commissione Europea dei diritti dell'uomo; *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany*, 9 febbraio 1990: «*For the purpose of the examination of this question it can be assumed that the anti-trust proceedings in question would fall under Article 6 (Art. 6) had they been conducted by German and not by European judicial authorities (cf. Eur. Court H.R., Öztürk judgment of 8 December 1983, Series A no. 73, paras. 46-56; No. 11598/85, Dec. 11.7.89)*».

⁸⁹ *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany*, 9 febbraio 1990: : «*It has next to be observed that the Convention does not prohibit a Member State from transferring powers to international*

È quindi evidente che il criterio formalistico della Corte di Giustizia si pone in disarmonia con il criterio funzionale elaborato dalla Corte EDU che, d'altra parte, quando è stata chiamata a vagliare la conformità all'art. 6 CEDU dei procedimenti sanzionatori nazionali, ha più volte ribadito la natura sostanzialmente penale delle misure punitive adottate da Autorità di Vigilanza.

Donde, davvero non si comprende perché il ragionamento sviluppato per *Authorities* nazionali non debba essere esteso anche alla Commissione europea se si considera che, senza dubbio alcuno, le sanzioni antitrust irrogate dalla Commissione europea soddisfano pienamente i *criteria Engel* elaborati dalla Corte di Strasburgo: sono misure punitive indirizzate alla generalità degli

organisations. Nonetheless, The Commission recalls that "if a State contracts treaty obligations and subsequently concludes another international agreement which disables it from performing its obligations under the first treaty it will be answerable for any resulting breach of its obligations under the earlier treaty" (cf. N° 235/56, Dec. 10.6.58, Yearbook 2 p. 256 (300)). The Commission considers that a transfer of powers does not necessarily exclude a State's responsibility under the Convention with regard to the exercise of the transferred powers. Otherwise the guarantees of the Convention could wantonly be limited or excluded and thus be deprived of their peremptory character. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (cf. Eur. Court H.R., Soering judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, para. 87). Therefore the transfer of powers to an international organisation is not incompatible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive an equivalent protection. The Commission notes that the legal system of the European Communities not only secures fundamental rights but also provides for control of their observance. It is true that the constituent treaties of the European Communities did not contain a catalogue of such rights. However, the Parliament, the Council and the Commission of the European Communities have stressed in a joint declaration of 5 April 1977 that they attach prime importance to the protection of fundamental rights, as derived in particular from the Constitution of the Member States and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. They pledged that, in the exercise of their powers and in pursuance of the aims of the European Communities, they would respect and continue to respect these human rights (Official Journal of the European Communities, XX, 1977, Information and Notices, No. C 103/I). In addition the Court of Justice of the European Communities has developed a case-law according to which it is called upon to control Community acts on the basis of fundamental rights, including those enshrined in the European Convention on Human Rights. In accordance with this reasoning the Court of Justice underlined in the present case that the right to a fair hearing is a fundamental principle of Community law. It stated that Community law contained all criteria which are prerequisites not only to examine but, if necessary, to remedy the applicant company's complaint that its right to a fair hearing was violated (see p. 76 of the judgment). However, it came to the conclusion that this complaint was unfounded».

operatori economici del mercato comunitario, hanno una funzione deterrente – punitiva, non risarcitoria e sono particolarmente severe⁹⁰.

Ciò nondimeno, la Corte di Lussemburgo ha continuato a sostenere che le garanzie dell'equo processo non dovessero trovare attuazione per i procedimenti sanzionatori svolti dalla Commissione europea, giacché l'art. 6 CEDU ha natura strettamente processuale non estendibile anche alla funzione amministrativa.

Come autorevole dottrina ha rilevato⁹¹, la connotazione penale delle misure punitive della Commissione verrebbe “neutralizzata” in sede amministrativa per trovare nuovamente espansione in sede processuale, unico momento dell'iter sanzionatorio ove potrebbero essere assicurate le garanzie di cui all'art. 6 CEDU.

Il fulcro dell'iter logico della Corte di Giustizia è costituito dalla considerazione secondo cui la Commissione, nell'esercizio delle funzioni antitrust, non è un organo giurisdizionale bensì un'autorità amministrativa; ne consegue che le uniche garanzie che trovano attuazione sono quelle previste dal Regolamento CE 1/2003.

Donde, è evidente che le diverse conclusioni cui perviene la Corte di Giustizia rispetto all'impostazione delineata dalla Corte di Strasburgo derivano da una differente concezione della nozione di “Tribunale”.

La Corte EDU ha elaborato una nozione funzionale di Tribunale per individuare quelle autorità obbligate a rispettare le garanzie dell'equo processo, sicché ogni qualvolta sono adottate sanzioni dalla connotazione penale – secondo i *criteria Engel* sopra richiamati – devono trovare attuazione le tutele dell'art. 6 CEDU.

⁹⁰ F. GHEZZI – G. D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, Rivista delle Società, fasc. 6, 2015, pag. 1196 e ss.

⁹¹ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica.

Sul versante diametralmente opposto si pone l'impostazione comunitaria che pone l'accento su un criterio puramente formale per individuare la natura del soggetto chiamato ad irrogare la sanazione.

Pertanto, la Corte di Lussemburgo ritiene che, ancorché si volesse riconoscere in via astratta la natura penale delle sanzioni antitrust, è sufficiente che la decisione della Commissione sia sottoposto al controllo giurisdizionale di un organo che rispetti i requisiti previsti dall'art. 6 CEDU affinché le garanzie dell'equo processo trovino attuazione.

Aliis verbis, le garanzie convenzionali dovrebbero trovare attuazione unicamente in sede processuale.

A parer di chi scrive sembra quasi che la Corte di Giustizia abbia applicato sin troppo rigidamente, fino ad estremizzarlo, il principio anch'esso espresso dalla Corte EDU secondo cui la fase amministrativa e la fase processuale rappresenterebbero due momenti di un unico iter sanzionatorio; consegue che un *deficit* di tutela in sede amministrativa potrebbe essere compensato da una fase giurisdizionale pienamente rispettosa della Convenzione EDU.

Autorevole dottrina sostiene che una siffatta impostazione andrebbe letta alla luce della distinzione operata dalla Corte di Strasburgo tra *hard core of criminal law* e misure punitive poste al di fuori del perimetro del diritto penale in senso stretto.

Infatti, la Corte di Strasburgo nel leading case *Jussilla c. Finland* aveva affermato che le misure punitive da qualificare come *minor offences* per la loro ridotta afflittività potevano giustificare una compressione delle garanzie ex art. 6 CEDU⁹², purchè fosse garantita al soggetto destinatario della sanzione la possibilità di adire un organo giurisdizionale dotato di *full jurisdiction*.

Tuttavia, le sanzioni *antitrust* con difficoltà potrebbero essere ricondotte all'esterno dell'*hard core of criminal law* se si considera la profonda incisività

⁹² MENGOZZI, La competence de pleine jurisdiction du juge communautaire, in Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf, 2007, 219 e ss.; ANDREANGELI, Toward an EU Competition Court: «Article 6 Proofing Antitrust proceeding before the Commission?», in World Comp., 2007; CHITI – GRECO, Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, 2007, 697 e ss.

sulla vita commerciale delle imprese: quantificazione milionaria delle sanzioni, lesione dell'immagine societaria e della fiducia con i partners commerciali, sospensione temporanea dell'attività.

Pertanto sarebbe auspicabile un *revirement* giurisprudenziale della Corte di Giustizia onde estendere le garanzie anche alla fase procedimentale, assicurando una tutela sul piano comunitario parificata a quella prevista degli ordinamenti nazionali che, alla luce degli interventi della Corte EDU, stanno modificando i regolamenti sanzionatori delle Autorità di Vigilanza per una piena attuazione della parità delle armi già dalla fase amministrativa.

*

4. Il principio di full jurisdiction nelle decisioni della Corte di Giustizia dell'U.E.

Non è agevole rispondere all'interrogativo se il controllo operato dalla Corte di Giustizia sulle sanzioni della Commissione europa possa essere considerato di *full jurisdiction*.

Il concetto di giurisdizione piena in ambito comunitario ha subito una progressiva evoluzione.

La Corte di Lussemburgo, sino a pochi anni fa, ammetteva unciamente un sindacato di legittimità sui provvedimenti sanzionatori antitrust della Commissione, ovverosia limitato all'osservanza delle regole di procedura e di motivazione ovvero all'assenza di errori manifesti e di eccesso di potere⁹³.

⁹³ Tribunale della Comunità Europea, 17 settembre 2007, Causa T-201/04, Microsoft c. Commissione, §§ 87 – 88: *Il Tribunale ricorda che, secondo una giurisprudenza costante, pur se il giudice comunitario esercita, in via generale, un sindacato pieno sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme sulla concorrenza, il sindacato che esso esercita sulle valutazioni economiche complesse operate dalla Commissione deve tuttavia limitarsi alla verifica dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere ... parimenti, qualora la decisione della Commissione sia il risultato di valutazioni tecniche complesse, queste ultime, in linea di principio, sono soggette ad un sindacato giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della Commissione [v., in merito ad una decisione adottata in esito a valutazioni complesse rientranti nel settore medico-farmacologico, ordinanza del presidente della Corte 11 aprile 2001, causa C-459/00 P(R), Commissione/Trenker, Racc. pag. I-2823, punti 82 e 83; v. inoltre, in questo senso, sentenza della Corte 21 gennaio 1999, causa C-120/97, Upjohn, Racc. pag. I-223,*

Un sindacato di natura estrinseca rispondeva al dettato normativo *ex art.* 263 del T.F.U.E. alla cui stregua la Corte di Giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi⁹⁴.

Il controllo della Corte di Giustizia in materia sanzionatoria è altresì esteso, ai sensi del combinato disposto dell'art. 261 TFUE e dell'art. 31 del Regolamento CE 1/2003, anche al *quantum* delle misure punitive; nel dettaglio, è consentito alla Corte di aumentare, ridurre o annullare le sanzioni irrogate.

Ne consegue che se è vero che i Giudici di Lussemburgo hanno la facoltà di incidere sul *quantum* della sanzione, è altrettanto vero che occorre valutare quanto sia profondo il controllo che gli stessi possono compiere sull'*an* della misura punitiva.

Aliis verbis, se astrattamente il controllo sulla sanzione presuppone una valutazione a monte sui presupposti di fatto che ne costituiscono il substrato, nella pratica la Corte di Giustizia ha più volte ribadito che il controllo di legittimità si limita ad una valutazione sull'assenza di errore manifesto nella decisione, sicché le valutazioni tecnico discrezionali operate dall'Autorità di Vigilanza rimangono estranee al vaglio della Corte.

Orbene, è incontestabile che un siffatto sistema di controllo non soddisfi neppure lontanamente il principio di *full jurisdiction*.

Tuttavia, da una disamina di recenti interventi della Corte di Giustizia si rileva come il canone della *full jurisdiction* in relazione alle sanzioni antitrust sia

punto 34 e la giurisprudenza ivi citata, nonché sentenze del Tribunale 3 luglio 2002, causa T-179/00, A. Menarini/Commissione, Racc. pag. II-2879, punti 44 e 45, e 11 settembre 2002, causa T-13/99, Pfizer Animal Health/Consiglio, Racc. pag. II-3305, punto 323].

⁹⁴ Ciò pone dei profili problematici circa il sindacato che la Corte di Giustizia esercita sulle decisioni rese dal Sistema Europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) istituito con i regolamenti 1092, 1093, 1094 e 1095 del 2010.

stato recepito in sede comunitaria.

In particolare, la Corte di Giustizia, a seguito dell'inequivoca affermazione della natura penale delle sanzioni *antitrust*, considerato che l'importo delle ammende inflitte dalla Commissione determina una “*trasformazione in senso penale*” *de facto* del diritto europeo della concorrenza, ha affermato che *per quanto riguarda il controllo di legittimità, sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse la Commissione disponga di un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice dell'Unione debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte.*⁹⁵

Ne consegue che una lettura orientata della competenza estesa al merito ex art. 31 del Regolamento n. 1 del 2003 deve quindi interpretarsi nel senso dell'attribuzione al giudice del potere di “*sostituire la sua valutazione a quella della Commissione*”, così da “*sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la*

⁹⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, KME Germany c. Commissione europea, 8 dicembre 2011, C. 272-2009: *Per quanto riguarda il controllo di legittimità, la Corte ha statuito che, sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse la Commissione disponga di un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice dell'Unione debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte [...] Il controllo di legittimità è completato dalla competenza estesa al merito riconosciuta al giudice dell'Unione dall'art. 17 del regolamento n. 17 e attualmente dall'art. 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all'art. 261 TFUE [...] Il controllo previsto dai Trattati implica dunque che il giudice dell'Unione eserciti un controllo tanto in diritto quanto in fatto e che esso disponga del potere di valutare le prove, di annullare la decisione impugnata e di modificare l'ammontare delle ammende. Non risulta quindi che il controllo di legittimità di cui all'art. 263 TFUE, completato dalla competenza estesa al merito per quanto riguarda l'importo dell'ammenda, prevista all'art. 31 del regolamento n. 1/2003, sia contrario ai dettami del principio della tutela giurisdizionale effettiva che figura all'art. 47 della Carta.*

*penalità inflitta*⁹⁶.

Donde, secondo gli orientamenti da ultimo richiamati la Corte in sede di contenzioso in materia antitrust ha il potere – dovere di valutare, in fatto come in diritto, la decisione adottata e eventualmente modificarla.

È evidente che il principio di *full jurisdiction* impone che nessun ostacolo alla pienezza del sindacato possa discendere dal potere discrezionale di cui dispone la Commissione.

La Corte di Lussemburgo, quindi, ha il potere di esprimere un giudizio di condivisibilità sulle valutazioni della Commissione, sicché, se l'insieme dei dati rilevanti non sia idoneo a corroborare la decisione, deve discostarsi dalla stessa⁹⁷.

Orbene, il principio di *full jurisdiction* sta assumendo in ambito comunitario il ruolo di parametro per valutare l'effettività della tutela giurisdizionale; ciò trova conferma nell'orientamento della Grande Camera della Corte di Lussemburgo che, in tema reciproco riconoscimento tra gli Stati membri delle sanzioni pecuniarie, ha previsto che lo stesso sia subordinato alla circostanza che il Giudice nazionale sia dotato di pieni poteri per un controllo tanto sui presupposti di diritto quanto su quelli di fatto nel pieno rispetto dei principi stabili dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 della Carta di Nizza.

*

⁹⁶ Corte di Giustizia dell'U.E., Sez. I, 30 aprile 2014, in causa, C-238/12 P, FLSmidth & Co. A/S c. Commissione europea: *Per quanto concerne, in primo luogo, l'argomento relativo alla mancanza di un controllo «indipendente» da parte del Tribunale dell'ammenda inflitta alla FLSmidth, va ricordato che quest'ultimo, conformemente all'articolo 261 TFUE e all'articolo 31 del regolamento n. 1/2003, è competente anche nel merito riguardo alle ammende fissate dalla Commissione. Il Tribunale è quindi abilitato, al di là del mero controllo di legittimità su tali ammende, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta sentenza; vedi anche Corte di Giustizia dell'U.E., E.ON Energie/Commissione, C-89/11 P, EU:C:2012, n. 738, § 123 e 124;*

⁹⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 21 giugno 2012, causa C-89/11 P, E.ON Energie AG c. Commissione europea: *il sindacato sulle misure punitive della Commissione, laddove assumano una funzione sostanzialmente penale, dovrebbe essere strutturato in modo analogo a quello di cui è dotato il giudice d'appello che esamina il fascicolo ex novo.*

5. Profili penalistici: il principio del *ne bis in idem*

Riconoscere ad una misura punitiva irrogata da un'Autorità di Vigilanza una connotazione penale⁹⁸ rileva non solo ai fini dell'applicazione delle garanzie di cui all'art. 6 della CEDU, ma anche del principio di legalità in materia penale, del suo corollario *nulla poena sine lege* di cui all'art. 7 CEDU e del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, paragrafo 1, del protocollo addizionale n. 7 alla CEDU, alla cui stregua *nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato*.

In questa sede ci soffermeremo sul concetto di *ne bis in idem* per affrontare successivamente, in una disamina complessiva dei poteri sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti, i profili di criticità relativi al principio di legalità e ai corollari che ne rappresentano la delcinazione.

Premessa del ragionare, quindi, è che la natura penale delle sanzioni pecuniarie amministrative di elevata entità emanate dalle Autorità Amministrative Indipendenti implica un'estensione dei profili penali ai procedimenti sanzionatori condotti dalle *Authorities*.

Ed infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto discendere dalla colorazione penale delle misure punitive formalmente amministrative e connotate da particolare severità la piena applicazione alla fase procedimentale delle garanzie dell'art. 6 CEDU, il rispetto compiuto delle garanzie del contraddittorio, la necessaria separazione tra organi istruttori e organi decisionali, l'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

⁹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tomasovic c. Croatia*, 18 ottobre 2011, § 20: *The Court's established case-law sets out three criteria, commonly known as the "Engel criteria" (see Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, Series A no. 22), to be considered in determining whether or not there was a "criminal charge". The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence, and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. The second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative. This, however, does not exclude a cumulative approach where separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a criminal charge.*

In ordine a tale ultimo profilo, la possibilità di una possibile equiparazione tra il giudicato amministrativo e quello penale ha acquisito rilevanza in materia di provvedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti a seguito della decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens c. Italia*⁹⁹.

Al riguardo, la Corte EDU ha rimarcato che, se nei confronti di un operatore di mercato sia stata comminata dalla Consob una sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente di natura penale alla stregua dei criteri *Engel*, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti¹⁰⁰ viola il principio giuridico del *ne bis in idem*.

Invero, la vicenda in esame ha lumeggiato dei profili di criticità tra la disciplina nazionale degli illeciti per *market abuse* e il sistema di tutela dei diritti fondamentali previsto dalla Convenzione europea a salvaguardia dei diritti dell'uomo.

⁹⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 24 marzo 2014, *Grande Stevens e altri contro Italia*, ricorsi, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10; Cfr. LAVARINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, suppl. n. 12, p. 82 ss.: i ricorrenti già destinatari di una sanzione pecuniaria per violazione della normativa in materia di *market abuse* erano stati rinviati a giudizio, assolti in primo grado e condannati in appello in relazione ai medesimi fatti sui quali si era pronunciata la Consob.

¹⁰⁰ Vedi Corte EDU, *Sergueï Zolotoukhine c. Russia*, ricorso n. 14939-2003, § 82 e ss: "Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second "offence" in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same. The guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 becomes relevant on commencement of a new prosecution, where a prior acquittal or conviction has already acquired the force of res judicata. At this juncture the available material will necessarily comprise the decision by which the first "penal procedure" was concluded and the list of charges levelled against the applicant in the new proceedings. Normally, these documents would contain a statement of facts concerning both the offence for which the applicant has already been tried and the offence of which he or she stands accused. In the Court's view, such statements of fact are an appropriate starting-point for its determination of the issue whether the facts in both proceedings were identical or substantially the same. The Court emphasises that it is irrelevant which parts of the new charges are eventually upheld or dismissed in the subsequent proceedings, because Article 4 of Protocol No. 7 contains a safeguard against being tried or being liable to be tried again in new proceedings rather than a prohibition on a second conviction or acquittal (compare paragraph 110 below). The Court's inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings".

Sono noti gli snodi argomentativi attraverso cui si è articolato l'iter motivazionale predisposto dalla Corte di Strasburgo: in primo luogo, la riconduzione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *ter* T.U.F. (manipolazione del mercato) nell'alveo della materia penale con la conseguente estensione delle garanzie convenzionali di matrice penalistica alle sanzioni amministrative afflittive e punitive; in secondo luogo, l'adozione di una nozione di *ne bis in idem* fondata su un criterio fattuale e non su un criterio giuridico, ovvero sia l'identificazione dell'*idem* nell'esistenza del medesimo fatto storico (*idem factum*) inteso come accadimento naturalistico a prescindere dalla qualificazione giuridica dello stesso (*idem legale*).

Ebbene, nel caso *Granse Stevens c. Italia* la Corte EDU ha censurato l'ordinamento italiano per aver previsto un sistema di "doppio binario" sanzionatorio in ipotesi di illecito per *market abuse*.

La giurisprudenza convenzionale, in via preliminare, ha definito la natura delle sanzioni amministrative stabilite per l'illecito di *market abuse* di cui all'art. 187 *ter* del T.U.F., riconoscendovi una funzione sostanzialmente penale in considerazione della loro severità, desumibile dall'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e dell'interdizione dall'attività di mercato; talché, sarebbe evidente la *ratio* punitiva, afflittiva e deterrente della sanzione irrogata dalla Consob.

Di poi, la Corte ha delineato la portata del principio del *ne bis in idem* codificato in sede convenzionale all'art. 4 del Protocollo 7 addizionale alla CEDU, evidenziando che la questione da definire non era *quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta*.

Talché, la Corte ha constatato che i due procedimenti, dinanzi alla Consob e davanti al giudice penale, riguardavano la medesima condotta, posta in essere dagli stessi soggetti e nel medesimo arco temporale.

Donde, era evidente un vizio strutturale della disciplina nazionale, generato dal cumulo di due misure sanzionatorie, amministrativa e penale, rispetto al medesimo fatto – da interpretarsi come accadimento storico al netto di qualificazioni giuridiche – il che, sul piano processuale, si traduceva inevitabilmente nell'apertura di due separati procedimenti aventi ad oggetto lo stesso accadimento storico.

Ciò non poteva che causare, secondo la Corte, la violazione del principio del *ne bis in idem*, giacché la dimensione bi-procedimentale comportava che, una volta definita la fase amministrativa (di per sé più celere rispetto al processo penale) con provvedimento divenuto definitivo, non era possibile promuovere o proseguire un procedimento penale per il medesimo fatto nei confronti del soggetto sanzionato.

Pertanto, riconosciuta connotazione penale al sistema sanzionatorio amministrativo disciplinato dal D.lgs. n. 58 del 1998, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto la necessità di estendere ai procedimenti sanzionatori condotti dalla Consob sia le garanzie difensive prescritte dall'art. 6 CEDU sia l'applicazione principio del *ne bis in idem*¹⁰¹, che preclude la possibilità di procedere nuovamente dinanzi al giudice penale in relazione agli stessi fatti per i quali un soggetto sia già stato destinatario di una pronuncia di condanna, ancorché resa in sede amministrativa, che per severità si innesta in un ambito penalistico¹⁰².

L'incidenza della decisione della Corte EDU del 24 marzo 2014 sull'ordinamento nazionale è stata pronta ed evidente, interessando in particolare due temi di indagine.

¹⁰¹ M. L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati; Ne Bis In Idem Principle Between Financial Sanctions And Crimes*, Cassazione Penale, fasc. 4, 2016, pag. 1335.

¹⁰² La Corte di Strasburgo ha statuito che l'attuale sistema sanzionatorio in materia di manipolazione del mercato, ove prevede che una medesima condotta possa essere costituita il fatto tipico di cui ai reati di ex artt. 184 e 185 d.lg. n. 58 del 1998, e al contempo il fatto sanzionato dagli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187-bis e 187-ter del medesimo decreto legislativo, espone l'ordinamento italiano alla violazione sia dell'art. 6 CEDU (*fair trial*) – per carenza di garanzie difensive in fase procedimentale, sia dell'art. 4 §1 Prot. n. 7 C.e.d.u. (salvaguardia del *ne bis in idem*).

Il primo di carattere generale relativo alla portata del principio del *ne bis in idem* inteso come divieto di un doppio giudizio sull'*idem factum* (fatto storico - naturalistico) e non sull'*idem legale* (fatto giuridico).

Il secondo di carattere settoriale relativo alla legittimità costituzionale della disciplina in materia di *insider trading* e *market abuse* per violazione del parametro costituzionale interposto rappresentato dall'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU.

Con riguardo al primo profilo la Corte Costituzionale con sentenza 21 luglio 2016, n. 200, ha ribadito che al fine di una corretta definizione del principio del *ne bis in idem* è opportuno procedere all'identificazione dell'*idem* mercé un criterio fattuale e non un criterio giuridico¹⁰³.

Talchè, la valutazione sull'esistenza del medesimo fatto deve essere condotta attraverso una valutazione empirico-naturalistica che non sfocia nella qualificazione giuridica del semplice fatto storico.

La Corte nel tentativo di sopire la *querelle* tra l'*idem factum* e l'*idem legale*, ha evidenziato che sia la normativa di cui all'art. 4 Protocollo 7 alla CEDU sia quella nazionale ex art. 649 cod. proc. pen. sposano un approccio storico-naturalistico (e non giuridico) per individuare ciò che deve essere "medesimo" e finiscono entrambe per riferirsi alla triade condotta-evento-nesso causale, nella loro accezione empirica.

Inoltre, il fatto storico è senz'altro la condotta, ma non si esaurisce nella semplice azione o omissione; il fatto storico – naturalistico è costituito da una pluralità di elementi tra cui l'evento e il nesso causale, purché valutati dal punto di vista empirico e non giuridico.

Talché, *non vi è alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente*".

¹⁰³ Vedi D. PULITANÒ, *La Corte Costituzionale sul ne bis in idem - The Constitutional Court on double jeopardy*, in Cassazione Penale, fasc. 1, 2017, pag. 70.

Per contro, se il principio del *ne bis in idem* dovesse essere interpretato nel senso di assegnare rilievo all'*idem* legale, ovvero a profili attinenti alla qualificazione giuridica del fatto, si finirebbe per violare anche gli artt. 24 e 111 Cost., ai quali il principio del *ne bis in idem* va collegato in via generale ma con una particolare pregnanza nella materia penale.

Il criterio dell'idem legale è troppo debole per accordarsi con simili premesse costituzionali, perché da un lato limiterebbe eccessivamente la portata del principio in esame alle sole ipotesi di identità del fatto giuridico, dall'altro solo un giudizio obiettivo sulla medesimezza dell'accadimento storico scongiura il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l'occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato.

Con riguardo al secondo tema di indagine, la Corte di Cassazione nel 2015 con duplice ordinanza ha rimesso alla Corte Costituzionale il vaglio di legittimità costituzionale degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* T.U.F. e dell'art. 649 cod. proc. pen. rispetto all'art. 4 Protocollo 7 CEDU¹⁰⁴.

In via preliminare, gli Ermellini hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *bis* ("insider trading"), comma 1, del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nella parte in cui prevede "*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*" anziché "*salvo che il fatto costituisca reato*", per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

In altri termini, al vaglio della Consulta è stata sottoposta la legittimità della previsione normativa del cumulo della procedura amministrativa e di quella penale anziché una loro disciplina in un rapporto di alternatività e specialità.

¹⁰⁴ Il riferimento corre all'ordinanza n. 38 del 2015 e all'ordinanza n. 52 del 2015; entrambe pongono questioni relative al rispetto del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in casi di cosiddetto "doppio binario" sanzionatorio, cioè in casi nei quali la legislazione nazionale prevede un doppio livello di tutela, penale e amministrativo. In particolare le due ordinanze riguardano gli illeciti di market abuse e insider trading. Le ordinanze ponendo questioni di legittimità costituzionale, analoghe per oggetto, termini e parametri, sono state trattate unitariamente.

In via subordinata, il giudice rimettente ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale secondo la giurisprudenza convenzionale.

La decisione della Corte Costituzionale¹⁰⁵ prende le mosse da una disamina del tessuto normativo nazionale e comunitario in cui si innesta la decisione della Corte di Strasburgo che ha generato la *querelle*.

In questo settore, sino al 2005, gli illeciti di *insider trading* e *market abuse* erano sanzionati esclusivamente in sede penale come delitti dagli artt. 184 e 185 del T.U.F. (D.lgs. n. 58 del 1998).

Successivamente, con la legge 18 aprile 2005, n. 62¹⁰⁶, attuativa della direttiva n. 2003/6/CE (cosiddetta Market Abuse Directive, MAD), ai delitti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato si sono affiancati due illeciti amministrativi previsti, rispettivamente, dagli artt. 187-bis (*insider trading*) e 187-ter (*market abuse*) del novellato T.U.F.

La sovrapposizione dell'ambito applicativo di ciascun delitto con il corrispondente illecito amministrativo sarebbe quindi contemplata dallo stesso legislatore¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Corte Costituzionale 12 maggio 2016, n. 102. Vedi A. F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 2016, pag. 1498.

¹⁰⁶ Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004.

¹⁰⁷ La Corte di Cassazione precisa altresì che all'attualità il quadro normativo di riferimento è mutato: *il diritto dell'Unione europea in materia di abusi di mercato è stato profondamente innovato, di recente, attraverso il regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE, il quale, oltre a prevedere l'abrogazione della direttiva n. 2003/6/CE con effetto dal 3 luglio 2016, ha stabilito, all'art. 30, comma 1, che gli Stati membri possono decidere di non comminare sanzioni amministrative per abusi che siano già soggetti a sanzioni penali nel rispettivo diritto*

Ed è proprio tale cumulo di tutele, in sede amministrativa e penale, è stato oggetto di censura nelle due ordinanze di rimessione alla luce delle statuizioni della Corte EDU nella decisione del 24 marzo 2014.

Per quel che qui interessa, giova evidenziare che la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni di legittimità per le ragioni che di seguito si esporranno.

Con riguardo all'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 (*"insider trading"*), la Consulta ha rilevato che la disposizione normativa *de quo* ha già ricevuto definitiva applicazione dall'Autorità amministrativa nel relativo procedimento sanzionatorio sicché un'eventuale declaratoria di incostituzionalità sarebbe irrilevante nel giudizio *a quo*; per contro, la Corte rimettente è chiamata a giudicare unicamente in riferimento al reato di cui all'art. 184, comma 1, lettera b), del medesimo d.lgs. n. 58 del 1998.

L'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 187-bis del citato decreto non solo non consentirebbe di evitare la lamentata violazione del *ne bis in idem*, ma semmai contribuirebbe al suo verificarsi, dato che l'autorità giudiziaria procedente dovrebbe comunque proseguire il giudizio penale ai sensi del precedente art. 184 T.U.F., benché l'imputato sia già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo e nonsostante, in considerazione della gravità delle sanzioni amministrative applicate, a tale giudizio debba essere attribuita natura "sostanzialmente" penale, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁰⁸.

nazionale entro il 3 luglio 2016, data entro la quale dovrà essere recepita la nuova direttiva 16 aprile 2014, n. 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla sanzioni penali in caso di abusi di mercato.

¹⁰⁸ La Corte Costituzionale ha precisato altresì che non inducono a diversa conclusione, né sono utili in senso contrario, gli argomenti sviluppati dal rimettente per sostenere che, comunque, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 produrrebbe effetti favorevoli all'imputato, posto che, in forza dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), andrebbe revocata la sanzione amministrativa pecuniaria determinata in base alla norma dichiarata incostituzionale e divenuta perciò priva di base legale. Questa Corte non ha motivo, a tale proposito, di saggiare la plausibilità dell'argomentazione del rimettente sull'applicabilità dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 al caso in cui sia stato dichiarato incostituzionale non un reato ma un illecito amministrativo che assume veste "penale" ai soli fini del rispetto delle

Parimenti, inammissibile è stata ritenuta la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., giusta le incongruenze presenti nell'ordinanza di remissione.

La Corte di Cassazione chiedeva che la Consulta dichiarasse l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. *nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli.*

Tuttavia, la Corte Costituzionale ha evidenziato che le argomentazioni della Corte di Cassazione erano, a suo parere, fonte di incertezza e di disomogeneità tali da segnare l'inammissibilità della questione sollevata.

Invero, pur sollevando il vaglio di legittimità costituzionale sull'art. 649 cod. proc. pen., al contempo gli Ermellini rimaracavano che l'accoglimento della questione determinerebbe un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria, amministrativa o penale, che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente.

Infatti, l'intervento additivo richiesto non determinerebbe un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti, penale e amministrativo, sicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile.

garanzie della CEDU. È infatti preliminare osservare che, in ogni caso, si tratta di profili attinenti alle vicende della sanzione amministrativa, privi di rilevanza per il giudice rimettente, e quindi estranee al presente giudizio. Ma, soprattutto, torna a manifestarsi con forza il rilievo che essi non scongiurerebbero in alcun modo la violazione del ne bis in idem, pienamente integrata dal proseguimento, auspicato dal giudice a quo, del giudizio penale, quali che siano poi gli effetti di quest'ultimo sulla fase di esecuzione delle sanzioni penali e amministrative.

Tuttavia, è logico ritenere che sarebbe quasi sempre il giudizio penale a cedere a fronte del procedimento sanzionatorio amministrativo che sicuramente per snellezza e celerità si concluderebbe per primo.

La stessa Corte rimettente sottolinea, appunto, che la casualità delle sanzioni applicabili (a seconda del procedimento che si conclude del primo) potrebbero causare la violazione di ulteriori valori costituzionali: *in primis*, i principi di determinatezza e di legalità della sanzione penale, prescritti dall'art. 25 Cost.; in secondo luogo, il principio di ragionevolezza e di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost.; infine, perché potrebbero essere pregiudicati i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea, come esplicitato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost.

La Corte rimettente, infine, concludeva il proprio *iter* argomentativo aggiungendo che tali "incongruenze" dovrebbero soccombere di fronte al prioritario rilievo da conferire alla tutela del diritto personale a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto.

Tuttavia, il carattere *perplesso della motivazione* non ha consentito – a parere della Consulta - di prendere posizione sulla questione, il che ha portato a una declaratoria di inammissibilità.

Ed anche la questione di legittimità costituzione dell'art. 187-ter T.U.F. è stata dichiarata inammissibile sulla scorta dell'incertezza delle argomentazioni dell'ordinanza di rimessione che rendevano dubbioso il *petitum* e quindi l'intervento manipolativo richiesto alla Corte Costituzionale¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Per completezza di trattazione si riporta il passaggio della sentenza della Corte Costituzionale che ha ritenuto inammissibile per incertezza, perplessità e formulazione dubitativa la questione sollevata: " ... la sezione tributaria della Corte di cassazione ritiene di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, in quanto «non appare conforme ai principi sovranazionali sanciti dalla CEDU la previsione del doppio binario e, quindi, della cumulabilità tra sanzione penale e amministrativa, applicata in processi diversi». L'ordinanza prosegue osservando che occorrerebbe, «verificare se la obbligatorietà delle sanzioni amministrative nel sistema degli illeciti di market abuse sia configgente col sistema del c.d. divieto del *ne bis in idem*, allorché venga preliminarmente emessa una sanzione penale e se, eventualmente, quest'ultima, a prescindere dalla sua afflittività e proporzionalità, in relazione al fatto commesso, sia preclusiva alla comminatoria della sanzione amministrativa, o se ne debba solamente tenere conto al fine della successiva comminatoria della sanzione amministrativa», ciò anche alla luce della direttiva europea n. 2003/6/CE che impone agli Stati membri di prevedere

Alla luce di quanto sopra, e ferma la necessità di un intervento di restyling normativo che le decisioni della giurisprudenza convenzionale ormai impongono, è possibile concludere che il sistema del “doppio binario” sanzionatorio, ovvero sia forma cumulativa del reato e dell’illecito amministrativo per la medesima condotta, prevista espressamente dal Testo Unico Finanziario, viola il principio del *ne bis in idem*, laddove la tutela amministrativa è pienamente sovrapponibile a quella penale sul profilo della tipicità sia ordine in all’identità del bene giuridico protetto (trasparenza del mercato) sia alla funzione perseguita (repressione delle condotte di *market abuse*).

Chiaramente si configura una *double poursuite* con chiara violazione del principio dell’art. 4 del Protocollo 7 CEDU solo nelle ipotesi in cui la procedura amministrativa sfocia in una misura punitiva di carattere penale e la decisione sia divenuta definitiva.

Tuttavia, il principio del *ne bis in idem* va correttamente inteso giacché non ne costituisce una violazione una procedura “mista”, amministrativa e penale, all’esito delle quali possono essere comminate, per il medesimo fatto, sia una sanzione amministrativa che una sanzione penale, purché siano rispettate determinate condizioni¹¹⁰.

È infatti pacifico, in base alla consolidata giurisprudenza europea, che il divieto di *bis in idem* ha carattere processuale, e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che

sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive e del sistema previsto dagli artt. 187-duodecies e 187-terdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 che impongono di non sospendere i procedimenti amministrativi per abusi di mercato pur in pendenza del procedimento penale per i medesimi fatti, stabilendo, poi, che la esazione della pena pecuniaria eventualmente inflitta in sede penale sia limitata alla parte eccedente quella riscossa dall’autorità amministrativa. In tal modo, la Corte rimettente non scioglie i dubbi che essa stessa formula quanto alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e i principi del diritto dell’Unione europea ...”.

¹¹⁰ Cfr. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it; BIGIARINI, *Ne bis in idem: il cortocircuito del “doppio binario” sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, in *Dir. proc. pen.*, 2016, p. 262 ss.

non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro.

Nel nostro ordinamento il principio del *ne bis in idem* ha assunto particolare rilievo in tema di illecito tributario¹¹¹, ove è stato statuito che è pienamente legittima la scelta legislativa di un doppio binario processuale, essendo circostanza prevedibile per il contribuente la possibilità che per la medesima violazione possa essere irrogata una doppia sanzione, amministrativa e penale.

In ogni caso, devono essere rispettate determinati presupposti.

In primo luogo, da un punto di vista di *ratio* normativa, il cumulo di sanzioni penali ed amministrative convergenti su uno stesso fatto deve essere funzionale alla necessità di tutelare interessi diversi; e parimenti differenti devono essere le manifestazioni di antisocialità dalle stesse colpite.

In secondo luogo, è necessaria una forma di raccordo tra i rispettivi procedimenti in modo da determinarne l'unificazione o, in caso di loro svolgimento parallelo, l'assicurazione di una duplice connessione cronologico - sostanziale, che, evitando per quanto possibile duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove, sia sufficientemente stringente da consentire una risposta sanzionatoria complessivamente proporzionata e prevedibile, in modo che la sanzione irrogata per seconda tenga conto di quella irrogata per prima.

La connessione tra i due procedimenti può realizzarsi se: a) i due procedimenti perseguono scopi complementari, non solo in astratto, ma anche in concreto, ponendo differenti aspetti dell'illecito; b) i fatti accertati in un procedimento sono considerati nell'altro, ove pertinenti; c) è assicurato il rispetto del criterio di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta, dovendo il giudice penale tener conto, in sede di determinazione della pena, della sanzione già irrogata nel procedimento amministrativo, e viceversa¹¹².

¹¹¹ S. F. COCIANI, *Sul divieto di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative in materia tributaria*, Rivista di Diritto Tributario, fasc.5, 2015, pag. 405 e ss.

¹¹² Corte Europea dei diritti dell'uomo, n. 24130 del 15 novembre 2016 con nota di SALEMME, CANTINOTTI, *Iltributario.it*; NOCERA, *Ilsocietario.it* 2017; PERNA, *Ilpenalista.it* 2017.

Parimenti, la Corte di Lussemburgo ritiene che il rispetto del principio del *ne bis in idem* tutelato dall'art. 50 della Carta di Nizza non è ostativo a che uno Stato membro preveda la combinazione di sanzioni penali e amministrative per la violazione della medesima norma.

Anche in sede comunitaria il principio del *ne bis in idem* ha assunto rilevanza soprattutto in ordine ad illeciti di natura finanziaria.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹¹³ ha ribadito che il principio del *ne bis in idem*, sancito all'articolo 50 della Carta di Nizza, presuppone per il suo operare che i provvedimenti già adottati nei confronti dell'imputato ai sensi di una decisione divenuta definitiva siano di natura penale.

Pertanto, l'art. 50 della Carte dei diritti fondamentali dell'U.E. non esclude – *sic et simpliciter* – che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi in materia tributaria (nell'ispecie il versamento dell'IVA), una combinazione di “sovrattasse” e sanzioni penali.

D'altra parte gli Stati membri, onde assicurare gli interessi finanziari dell'Unione Europa, hanno a disposizione ampia discrezionalità nella scelta degli strumenti più idonei; in altri termini, gli Stati possono prevedere l'applicazione di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due (il “doppio binario” sanzionatorio).

Tornando alla materia tributaria, solo qualora la “sovrattassa” sia di un'afflittività tale da assumere una funzione penale e sia divenuta definitiva scatta l'operatività dell'art. 50 della Carta di Nizza alla cui stregua *nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*.

Ne consegue che *il principio del ne bis in idem sancito all'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione assuma una*

¹¹³ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10.

colorazione penale alla luce dei *criteria Engel*, circostanza che deve essere valutata dal giudice nazionale.

Per contro, laddove l'infrazione finanziaria sanzionata in sede amministrativa sia da considerare "materia penale" nella prospettiva convenzionale, allora il doppio binario punitivo risulterebbe in contrasto con l'art. 50 della Carta di Nizza.

*

6. Separazione tra funzioni istruttorie e decisorie - imparzialità oggettiva dell'organo giudicante

La natura penale dei provvedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti e il rispetto delle garanzie dell'equo processo richiedono che in sede procedimentale sia prevista l'attribuzione di funzioni istruttorie e decisorie ad organi differenti in attuazione del principio generale per cui un soggetto non può essere al tempo stesso *judge and jury*.

L'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante è assicurata solo ove il soggetto cui è attribuito il potere di adottare il provvedimento sanzionatorio sia effettivamente diverso - sia sotto il profilo strutturale che organizzativo - dall'ufficio cui è affidata l'attività istruttoria.

Per alcune Autorità di Vigilanza è lo stesso legislatore che prevede espressamente una separazione tra funzioni di indagine e funzioni di giudizio, assicurando in tal modo la terzietà e l'imparzialità dell'organo giudicante.^{[1][SEP]}

È il caso degli artt. 187- *septies* e 195, comma 2, del T.U.F. alla cui stregua il *procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie*.

Questa separazione, tuttavia, è meramente ipotetica.

La questione è già stato oggetto di valutazione da parte della Corte EDU, la quale nel caso *Grande Stevens c. Italia* si è occupata di verificare se l'attuale struttura del procedimento sanzionatorio della CONSOB assicurasse le

garanzie dell'equo processo e, quindi, anche un'effettiva suddivisione della funzioni istruttorie e decisionali tra uffici della medesima Autorità.

La Corte di Strasburgo pur presumendo un'imparzialità soggettiva dei membri della CONSOB, ha riscontrato, invece, l'assenza di un'autentica ed effettiva separazione tra chi formula l'accusa e chi la giudica, considerato che le funzioni istruttorie e decisorie sono svolte da uffici – diversi – della stessa istituzione¹¹⁴.

In particolare i Giudici hanno rilevato che *"l'Ufficio sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente"*, il che determina il *"consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione"*; ciò è chiaramente incompatibile con l'esigenza di imparzialità oggettiva dell'organo decisorio, imparzialità che non è altro che un aspetto del principio dell'equo processo ex art. 6 CEDU.

Sul tema si è espresso anche il Consiglio di Stato¹¹⁵ il quale ha acclarato che una reale separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria non è attualmente prevista e - se pur auspicabile - non è praticabile *de jure condito*¹¹⁶; l'attribuzione dei poteri di indagine e di giudizio a due organismi diversi, dotati di un'effettiva indipendenza con funzioni chiaramente distinte e ben delineate, è un'alternativa che attualmente è praticabile solo *de jure condendo*.

¹¹⁴ Cfr. G. GUIZZI, *'La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista'*, in *Il Corriere giuridico*, novembre 2014, IPSOA, pag. 1321 e ss

¹¹⁵ Consiglio di Stato n. 1595 del 26 marzo 2015 – r.g. 9736 dell'anno 2014 - Pres. Luciano Barra Caracciolo – Consigliere Estensore Roberto Giovagnoli, con commento di B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, IPSOA, marzo, 2015 pag. 511 e ss.^[11]_{SEP}

¹¹⁶ CEDU sentenza n. 18640 del 4 marzo 2014, Caso *Grande Stevens c. Italia*: *'Le delibere n. 15086/2005 e n. 18750/2013 della Consob che disciplinano le potestà sanzionatorie dell'Autorità prevedono un meccanismo di accertamento della violazione ed irrogazione del provvedimento sanzionatorio che si articola in una fase di indagine dapprima dinanzi alla Divisione competente per materia e successivamente dinanzi all'Ufficio sanzione amministrative (U.S.A.), e di una fase decisoria dinanzi la Commissione. Tuttavia rimane il fatto che la divisione competente per materia, l'Ufficio sanzioni e la commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente. Ciò si esprime nel consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione'*.

Tuttavia, occorre anticipare sin da ora che il difetto di imparzialità oggettiva, non costituisce ragione di illegittimità del procedimento sanzionatorio.

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo non impone che la terzietà dell’organo giudicante sia garantita già nella fase amministrativa, ma è sufficiente che sia realizzata mediante un sindacato pieno ed effettivo nella successiva fase giurisdizionale dinanzi ad un Giudice terzo e imparziale.

In tal senso, d’altra parte, si erano espressi anche i Giudici di Strasburgo nel caso *Grande Stevens c. Italia*, ove, pur riscontrando profili di contrasto tra il procedimento sanzionatorio dell’Autorità di vigilanza nazionale e il principio dell’equo processo, avevano dichiarato che il sistema sanzionatorio previsto dal nostro ordinamento non era inadeguato, poiché il diritto di difesa inizialmente compresso poteva trovare una sua riespansione nella fase giurisdizionale innanzi ad un organo terzo e imparziale dotato di piena giurisdizione.

Neppure il procedimento sanzionatorio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sembra garantire un’effettiva separazione tra funzioni di indagine e decisorie.

Ed infatti, l’AGCM opera sotto l’autorità e la supervisione di uno stesso presidente e mostra una sostanziale unitarietà istituzionale e organizzativa.

Invero, il Segretario generale, che sovrintende agli Uffici istruttori, è nominato su proposta del Presidente e le scelte organizzative interne di maggior rilievo sono sottoposte ad una valutazione del Collegio decidente.

Ed è lo stesso Collegio che delibera l’avvio della fase istruttoria laddove vi è notizia o indizi di una condotta illecita anticoncorrenziale; inoltre, durante l’istruttoria, al Collegio è riconosciuto un potere di indirizzo giacché gli vengono costantemente comunicati gli accertamenti svolti dagli uffici¹¹⁷.

¹¹⁷ F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, Riv. Dir. Proc. Amm., 2/2015, pag. 507 e ss.; R. TITOMANLIO, *Le potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative*, in *Authorities*, pag. 152 e ss.: ‘La Corte europea dei diritti dell’uomo ritiene necessario, in base al principio di imparzialità che venga evitato un cumulo di funzioni e dunque condanna l’esercizio da parte dello stesso giudice di entrambe le funzioni di accusa (o di istruzione) e di decisione nel merito della

Ed ancora, le stesse comunicazioni delle risultanze istruttorie prima di essere inviate alle parti, vengono sottoposte ad un controllo del Collegio che valuta la non manifesta infondatezza delle proposte degli uffici in relazione agli elementi probatori acquisiti e, in caso positivo, autorizza l'invio della comunicazione alle imprese.

L'assetto procedimentale così delineato non risulta conforme al principio del giusto processo che richiede un'effettiva separazione tra funzioni decisorie e istruttorie, che nel nostro ordinamento rappresenta, attualmente, un'ipotesi praticabile solo *de jure condendo*.

Al contrario, l'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante è già stata assicurata negli altri Stati membri dell'EU¹¹⁸.

*

6.1 Segue: l'esperienza francese

La possibilità di estendere l'applicazione dei principi dell'equo processo ai procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti è stata oggetto di un'accesa *querelle* giurisprudenziale in Francia già a partire degli anni novanta, sopita solo recentemente.

L'ordinamento giuridico francese è stato il primo ad acquisire la consapevolezza dell'incidenza sul piano sostanziale dei principi dettati dall'art. 6 della CEDU.

La Corte di Cassazione Francese, con la decisione del 5 febbraio 1999, il c.d. caso *Oury*¹¹⁹, ha affrontato apertamente - per la prima volta - la problematica

questione; M. ALLENA, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, Editoriale Scientifica, pag. 123: ' ... in base alla giurisprudenza di Strasburgo anche un'autorità amministrativa chiamata a irrogare una sanzione penale è un tribunale ai sensi dell'art. 6 CEDU; ... dovrebbero essere assicurate l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante, nonché la parità delle armi tra accusa e difesa'.

¹¹⁸ Basti pensare al sistema giuridico britannico, dove le funzioni investigative ed istruttorie sono svolte dalla *Financial Conduct Authority*, mentre il potere decisionale viene esercitato da un Comitato del tutto indipendente, composto da professionisti che rappresentano l'interesse pubblico e senza alcun legame con l'Autorità

¹¹⁹ Cour de cassation, Assemblée plénière, audience publique du vendredi 5 février 1999, n. de pourvoi: 97-16440, Premier président :M. Truche, publication Bulletin 1999 A. P. N° 1 p. 1:

relativa all'imparzialità oggettiva dell'organo decisorio di un Autorità di Vigilanza, soffermandosi sull'effettiva separazione e indipendenza del soggetto cui erano affidati i poteri istruttori dall'autorità chiamata a decidere nel merito della questione.

Nel richiamato caso *Oury*, la Corte di Cassazione Francese aveva confermato la sentenza della Corte d'Appello di Parigi del 7 maggio 1997 che aveva annullato una sanzione emanata dalla *Commission des opérations de bourse* per chiara violazione del principio di imparzialità oggettiva dei membri del Collegio giudicante: il soggetto che aveva svolto l'attività istruttoria ed aveva formulato il capo di imputazione era stato anche membro dell'organo che aveva adottato il provvedimento sanzionatorio.

La *Cour de Cassation* riteneva che, allorché l'Organo pubblico (Autorità giurisdizionale o Autorità Amministrativa Indipendente) avesse il potere di adottare una sanzione di carattere preventivo e repressivo (e non risarcitorio), con il fine di garantire il rispetto di una norma di carattere generale (*rectius* tutelare il settore economico oggetto di vigilanza), dovevano necessariamente trovare applicazione - sia in sede procedimentale sia in sede processuale - le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

L'*iter* logico seguito dai Giudici di legittimità francesi richiamava il ragionamento della Corte di Strasburgo, secondo cui le qualificazioni giuridiche nazionali non sono determinanti, considerato che i poteri attribuiti agli organi giurisdizionali e quelli conferiti alle Autorità di Vigilanza hanno la medesima efficacia sostanziale, incidendo gravemente sulla posizione giuridica degli «imputati».

Aliis verbis, poiché le Autorità di Vigilanza hanno il potere irrogare sanzioni gravi, i procedimenti sanzionatori devono assicurare le garanzie previste dal principio del giusto processo.

«Mais attendu que l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; que c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision annulant la décision de sanction prononcée par la COB à l'encontre d'un dirigeant».

Tuttavia, sempre negli anni novanta, nell'ordinamento francese si registravano orientamenti contrastanti.

In particolare, il *Conseil d'État* condivideva una nozione di organismo giurisdizionale più tradizionale, sicché le Autorità Amministrative Indipendenti non erano assimilabili (dal punto di vista funzionale in sede di esercizio del potere sanzionatorio) all'Autorità giurisdizionale, sicché le garanzie dell'equo processo ex art. 6 C.E.D.U. dovevano trovare applicazione solo in sede processuale.

Solo nel 1999, con la sentenza *Dedier*¹²⁰, il Consiglio di Stato francese muta orientamento uniformandosi all'impostazione della *Cour de Cassation* circa la necessità di estendere le garanzie del giusto processo ai procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti¹²¹.

Nell'ispecie, il *Conseil d'État* aveva rigettato il ricorso verso un provvedimento sanzionatorio del *Conseil des marchés financiers* riguardante l'irrogazione di un provvedimento di sospensione della facoltà di esercitare l'attività di intermediazione finanziaria e di una sanzione pecuniaria.

La decisione rileva per due motivi.

Il Consiglio di stato riconobbe che *Conseil des marchés financiers*, quando esercitava poteri sanzionatori che non si limitavano a provvedimenti di natura risarcitoria, doveva essere equiparato ad un «Tribunale» chiamato a decidere un'accusa penale; donde, il procedimento di irrogazione della sanzione doveva assicurare le garanzie di cui all'art. 6 CEDU¹²².

¹²⁰ Conseil d'Etat, Assemblée, 3 décembre 1999, in la Seimane Juridique, 2000, II, pagg. 10267 e ss., con commento di Frédéric SUDRE, *La participation du rapporteur au délibéré de la formation disciplinaire du Conseil des marchés financiers n'est pas contraire à la Convention*;

¹²¹ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'uomo, 3 dicembre 2002, *Lilly c. France*, caso n. 53892/00;

¹²² Conseil d'Etat, Assemblée, 3 décembre 1999: *Considérant que, quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par l'article 69 de la loi susvisée du 2 juillet 1996, le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité n'est pas de nature à entraîner dans*

Tuttavia, i Giudici Amministrativi francesi, pur riconoscendo la natura di «Organismo esercente funzioni giurisdizionali» al *Conseil des marchés financiers*, ritennero che il procedimento sanzionatorio assicurasse l'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante, nonostante il *rapporteur* (relatore) nominato dal Presidente dell'Autorità avesse partecipato sia all'attività di indagine sia alla fase decisionale¹²³.

La tesi del Consiglio di Stato fu condivisa anche dalla Corte di Strasburgo secondo cui la circostanza che il relatore (*rapporteur*) fosse stato membro anche del Comitato sanzioni non aveva il principio di imparzialità oggettiva dell'organo giudicante; ciò che occorreva verificare era se l'organo istruttorio avesse fatto un uso troppo esteso dei propri poteri di indagine sino formulare i capi di imputazione.

I Giudici di Strasburgo avevano espressamente riscontrato che il *rapporteur* non aveva provveduto alla formulazione del capo di imputazione, ancorché avesse esercitato i poteri di indagine sulle medesime questioni oggetto di giudizio.

tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ; que, cependant - et alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision»;

¹²³ Conseil d'Etat, Assemblée, 3 décembre 1999: *Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que le rapporteur, qui n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs ; qu'il n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine ; que les pouvoirs d'investigation dont il est investi pour vérifier la pertinence des griefs et des observations de la personne poursuivie ne l'habilitent pas à faire des perquisitions, des saisies ni à procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction ; qu'en l'espèce, M. Y... ayant été désigné rapporteur de la procédure disciplinaire ouverte à l'encontre de M. X... après saisine du Conseil des marchés financiers par le président de la Commission des opérations de bourse, il n'est pas établi, ni même allégué, qu'il aurait, dans l'exercice de ses fonctions de rapporteur, excédé les pouvoirs qui lui ont été conférés par les dispositions rappelées ci-dessus, et qui ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du Conseil des marchés financiers aurait elle-même pu exercer ; que, dès lors, il n'est résulté de sa participation aux débats et au vote à l'issue desquels il a été décidé d'infliger une sanction à M. X... aucune méconnaissance du principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

Alla fine degli anni 2000, la Corte EDU tornò ad un'applicazione più rigida del concetto di imparzialità oggettiva e di effettiva separazione tra organo giudicante e organo istruttorio.

Il riferimento corre alla sentenza *Dubus v. France*¹²⁴, la cui portata fu tale da indurre la Repubblica Francese ad intervenire con celerità sulla struttura delle Autorità di Vigilanza onde garantire il rispetto dei principi espressi dai Giudici di Strasburgo.

La Corte di Strasburgo ritenne che l'architettura organizzativa della *Commission Bancaire* francese, pur presentando una formale distinzione tra l'organo d'accusa e di indagine (*Secrétariat Général*) e l'organo cui era attribuito il potere di irrogare la sanzione (*Commission*), non realizzasse un'effettiva separazione tra gli stessi.

Invero, il *Secrétariat Général* si poneva in una posizione servente rispetto alla Commissione: «Or, si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, il convient de rechercher si la Commission bancaire a pu décider de la sanction disciplinaire sans « préjugement », compte tenu des actes accomplis par elle au cours de la procédure. [...] En témoigne particulièrement la phase d'ouverture de la procédure disciplinaire et de la notification des griefs où la confusion des rôles conforte ladite impression. [...] A cela, il faut ajouter que le rôle du secrétaire général accentue la confusion soulignée ci-dessus, même s'il n'apparaît pas être intervenu dans la prise de décision de la sanction. En effet, celui-ci effectue les contrôles sur instruction de la Commission bancaire, et la procédure disciplinaire est précisément engagée au vu des irrégularités constatées dans le cadre du contrôle administratif; le secrétariat général, par son secrétaire, intervient ensuite dans la procédure juridictionnelle en adressant des observations en réponse aux écritures de la partie poursuivie.. Enfin, c'est bien au nom de la Commission bancaire qui, au final prononcera la sanction, que l'inspection a été diligentée. En résumé, la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement sur l'existence d'une séparation organique au sein de la Commission bancaire n'est pas convaincante».

¹²⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Dubus v. France*, 11 giugno 2009, ricorso 5242/2006;

Questo il ragionamento seguito dalla Corte:

- la Commissione bancaria esercitava due tipi di funzioni: una funzione di controllo (comprendente un controllo amministrativo e un potere di ingiunzione) e una funzione disciplinare, nell'esercizio della quale agiva come "giurisdizione amministrativa";
- la Commissione bancaria, irrogando alla ricorrente la sanzione della nota di biasimo, aveva applicato una sanzione di natura penale giacché diminuiva le *chance* della ricorrente di operare nel mercato;
- l'Autorità, giusta la colorazione penale della sanzione inflitta, doveva essere equiparata ad un «Autorità Giurisdizionale» ex art. 6 della Convenzione EDU;
- l'imparzialità dell'organo giudicante doveva essere valutata sia sotto il profilo soggettivo, onde determinarsi la convinzione personale del giudice in quella determinata occasione, sia sotto il profilo oggettivo, al fine di assicurarsi che lo stesso offra sufficienti garanzie per escludere ogni legittimo dubbio;
- dall'imprecisione dei testi che regolamentavano la procedura davanti alla Commissione bancaria emergeva la mancanza di una chiara distinzione tra funzioni di incriminazione, di istruzione e di sanzione nell'esercizio del potere giurisdizionale della Commissione bancaria.

La Corte, quindi, pervenne alla conclusione che gli organi istruttori apparivano, in sostanza, serventi rispetto all'ufficio sanzioni, da cui, tra l'altro, potevano ricevere istruzioni.

Secondo la Corte EDU si sarebbe dovuto assicurare una «*distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction*»; una chiarezza della distinzione messa in crisi nel caso *de quo* dalla «*imprécision des textes qui régissent la procédure devant la Commission bancaire, quant à la composition et*

aux prérogatives des organes appelés à exercer les différentes fonctions qui lui sont dévolues»¹²⁵

Rebus sic stantibus, la struttura organizzativa della *Commission Bancaire* francese non garantiva una distinzione netta tra i poteri a) di inchiesta in ordine a un operatore del settore regolato dall'Autorità, b) di istruzione e di indagine, c) di decisione e, quindi, sanzionatori.

All'esito della sentenza sul caso *Dubus v. France*, gli interventi normativi di maggior rilievo in materia furono l'*Ordonance* n. 2010-76 del 21.1.2010¹²⁶ e la *Loi* 2010-1249¹²⁷.

L'*Ordonance* n. 2010-76 ridisegnò l'architettura sistematica delle istituzioni preposte al controllo sulla stabilità degli istituti finanziari, istituendo la *Autorité de Control Prudential*¹²⁸ in luogo dei quattro soggetti cui era affidata - prima dell'intervento della Corte Di Strasburgo - tale funzione: *Commissione Bancaire*, *l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles*, *Comité des entreprises d'assurance* e *il Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*.

L'operazione di razionalizzazione aveva il fine di garantire una semplificazione delle Istituzioni preposte alla vigilanza del mercato finanziario con benefici in termini di efficacia ed efficienze e di garanzie per gli operatori del mercato.

La *Autorité de Control Prudential* (A.C.P.) prevede ora una struttura dualista, onde garantire l'imparzialità oggettiva dell'organo cui è affidata la funzione di indagine da quello preposto all'adozione del provvedimento sanzionatorio.

¹²⁵ F. GOISIS: «Introduzione al Seminario Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal c.p.a.», Università degli Studi Roma Tre Dipartimento di Giurisprudenza 6 febbraio 20140.

¹²⁶ *Ordonance* n. 2010-76 de 21 janvier 2010: *Portant fusion des autoreti d'agrément wt contrôle de la banche et de l'assurance*, in JORF, 22 gennaio 2010, 18, 1392;

¹²⁷ *Loi* 2010-1249 del 22 ottobre 2010: *De regulation bancaire et financière*, in JORF, 23 ottobre 2010, 247, 18984;

¹²⁸ La necessità di istituire una nuova Autorità è sorta dai principi espressi dalla Sentenza *Dubus v. France*; al riguardo vedi T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Impartialité et indépendance des autorités de régulation bancaire en droit français*, in *Revue Lamy Droit des Affaires*, giugno 2011, pagine 99 e ss.

In particolare, l'attuale organizzazione della A.C.P. è composta da una commissione specializzata, la *Commissione des sanctions*, che si pone in una posizione di indipendenza rispetto al *Conseil*, organo direttivo competente ad avviare la procedura sanzionatoria e incaricato di fornire tempestiva comunicazione al soggetto interessato di avvio del procedimento¹²⁹.

L'*Authority* presenta un organo con la funzione di vigilare sul mercato finanziario e sugli operatori del settore e promuovere la procedura sanzionatoria in caso di infrazione; un secondo organo, terzo e imparziale rispetto all'ufficio cui è affidata l'attività istruttoria, è chiamato a decidere l'irrogazione della sanzione, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹³⁰.

L'effettiva separazione delle funzioni istruttorie da quelle decisorie ha assicurato il pieno realizzarsi delle garanzie del giusto processo ove è rispettato

¹²⁹ L'*Ordonnance* n. 2010-76 de 21 janvier 2010 prevede che l'Autorità di Controllo prudenziale sia così articolata: Struttura: L'*Autorité de contrôle prudentiel* comprend un collège et une commission des sanctions; imparzialità soggettiva: i membri del Consiglio e del Comitato Sanzioni non possono partecipare alle deliberazioni che incidono su soggetti presso cui svolgono funzioni o incarichi ovvero da cui abbiano ricevuto mandato: *Aucun membre du collège ou de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel ne peut délibérer ou participer aux travaux de ceux-ci, dans une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il exerce des fonctions ou détient un mandat, ou dont il est l'avocat ou le conseil, a un intérêt ; il ne peut davantage participer à une délibération concernant une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il exerce des fonctions ou détient un mandat, ou dont il est l'avocat ou le conseil, a représenté une des parties intéressées au cours des deux années précédant la délibération.* « *Aucun membre du collège ou de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel ne peut être salarié ou détenir un mandat dans une personne soumise au contrôle de l'Autorité;* imparzialità oggettiva: i membri del Consiglio non possono svolgere funzioni in senso al Comitato Sanzioni - «*Les fonctions de membre de la commission des sanctions sont incompatibles avec celles de membre du collège;* tutela giurisdizionale: le decisioni della Commissione Sanzioni e del Consiglio possono essere impugnate innanzi al Consiglio di Stato - «*Les décisions relevant de la compétence du collège peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat dans un délai de deux mois suivant leur notification ou leur publication ... les décisions prononcées par la commission des sanctions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat par les personnes sanctionnées et par le président de l'Autorité de contrôle prudentiel, après accord de la formation du collège à l'origine de la notification des griefs, dans un délai de deux mois suivant leur notification. En cas de recours d'une personne poursuivie, le président de l'Autorité peut, dans les mêmes conditions, former un recours, dans un délai de deux mois à compter de la notification à l'Autorité de contrôle prudentiel du recours de la personne poursuivie*».

¹³⁰ FEROCI - FERRARI, *Crisi economica - finanziaria e intervento dello Stato, Modelli comparati e prospettive*, Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo, Firenze, 18.11.2011.

il diritto di difesa dell'imputato e la decisione è affidata ad un giudice assolutamente terzo imparziale.

Sempre con riferimento ai procedimenti sanzionatori della *Commission Bancaire*, la Corte EDU ha evidenziato che l'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante è requisito necessario ma non sufficiente per assicurare il principio del giusto processo.

Con la sentenza *Vernes c. France*, la Corte EDU ha ribadito l'essenzialità dell'udienza pubblica: *La Cour rappelle que la publicité des débats constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention ... Or, compte tenu des pouvoirs de sanction de la COB, et des conséquences de celle prononcée en l'espèce, la Cour juge compréhensible que l'on puisse voir dans le contrôle du public une condition nécessaire à la transparence et à la garantie du respect de ses droits, nonobstant la technicité des débats (mutatis mutandis, Martinie, précité, §§ 43 et 44). La Cour prend acte à cet égard de la modification par la commission elle-même de son règlement intérieur, quelques mois après la fin de la procédure de l'espèce, et de l'ajout de la possibilité pour la personne mise en cause de demander la tenue d'une séance publique, possibilité qui a d'ailleurs été reprise par l'entité qui lui a succédé (paragraphe 18 et 20 ci-dessus) et dont le requérant n'a donc pas bénéficié. En conséquence, la Cour estime que compte tenu de l'importance de pouvoir solliciter la tenue de débats publics devant la COB, le seul contrôle ultérieur du Conseil d'Etat n'était pas suffisant en l'espèce. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 du fait de l'impossibilité pour le requérant de solliciter la tenue de débats publics devant la COB.*

La Corte ha precisato altresì che la possibilità di impugnare il provvedimento sanzionatorio innanzi al Consiglio di Stato non sanava il *deficit* garantistico dettato dall'assenza di pubblicità.

Inoltre, i Giudici di Strasburgo, dopo aver ribadito la fiducia che i soggetti chiamati a decidere una determinata questione devono ispirare nella società democratica per la loro terzietà e imparzialità¹³¹, hanno sottolineato il diritto

¹³¹ Corte EDU, 20 gennaio 2011, ricorso 30183/2006, *Vernes v France*: *En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société*

dell'imputato di conoscere l'identità dei membri del Collegio giudicante diversamente *c'est l'impossibilité même de vérifier, du fait des dispositions de droit interne alors en vigueur, l'impartialité de la commission.*

Infine, con la decisione 30 giugno 2011, *Messier v. France*¹³², la Corte EDU ha statuito che il *principio della parità tra accusa e difesa* è funzionale ad una piena esplicazione del diritto al contraddittorio; la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento si esplica nella parità tra le parti principalmente nella ricerca e nella formazione delle prove.

Tale principio è strettamente connesso a quello del *contraddittorio*, in quanto nel sistema accusatorio la decisione del giudice si fonda sulle prove fornite dalle parti in contrapposizione dialettica fra loro.

La Corte EDU ha ribadito il diritto dell'imputato di prendere visione di tutti i documenti rilevanti del caso e l'obbligo dell'amministrazione di comunicare allo stesso tutte le prove raccolte, a carico e discarico, onde sollecitare un contraddittorio pieno su tutti gli elementi di prova : *«Tout procès pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie. De surcroît, l'article 6 § 1 exige que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge».*

Dagli interventi appena richiamati emerge chiaramente l'orientamento dei Giudici di Strasburgo di garantire la parità delle armi sin dalla fase procedimentale – amministrativa, ancorché è riconosciuta al destinatario della

démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus (Didier c. France (déc.), no 58188/00, 27 août 2002).

¹³² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, President Dean Spielmann, *Messier v. France*, 30 giugno 2011, caso 25041/2007;

sanzione la facoltà di poter impugnazione il provvedimento dinanzi ad un'Autorità Giurisdizionale dotata di *full jurisdiction*.

III. CAPITOLO

I POTERI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1. Profili penali dei poteri sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti

La Corte di Strasburgo – come analizzato nei capitoli che precedono – attraverso un *iter* argomentativo pienamente condivisibile e lineare ha riconosciuto la natura penale delle sanzioni amministrative connotate da una funzione essenzialmente punitiva e preventiva, generale e speciale, ma non ripristinatoria.

I Giudici sovranazionali, con le più recenti decisioni *Menarini Diagnostics c. Italia* e *Grande Stevens c. Italia*¹³³, hanno ribadito che la qualificazione formalmente amministrativa di una misura sanzionatoria applicata da un'Authority non preclude che alla stessa venga attribuito carattere sostanzialmente penale, qualora, per carattere afflittivo e deterrente, sia in grado di incidere in maniera apprezzabile sulla sfera giuridica del destinatario.

Secondo tale impostazione sia la sanzione penale che quella amministrativa perseguirebbero un pubblico interesse che si tradurrebbe nella volontà di impedire la reiterazione di condotte illecite mercé l'applicazione di un provvedimento punitivo¹³⁴.

Il che porta la Corte di Strasburgo a riconoscere alla funzione sanzionatoria uno scopo unitario senza porre alcuna distinzione in ordine al soggetto che in concreto esercita il potere; in altri termini, il potere sanzionatorio esercitato dalle Autorità di Vigilanza si innesta in una visione organica della funzione

¹³³ Vedi G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, IPSOA, 11/2014; B. M. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, IPSOA, 4/2015.

¹³⁴ Cfr. CHENAL - TAMIETTI, *sub art. 6*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, p. 181 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, p. 39 ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Manes - Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, p. 75 ss.; LETTIERI, *Rassegna di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Codice di procedura penale*, a cura di CANZIO - TRANCHINA, vol. I, Giuffrè, 2012, p. 67 ss.

della pena a prescindere dalla circostanza che venga irrogata nell'esercizio di una funzione amministrativa o all'esito di un processo giurisdizionale¹³⁵.

Nella prospettiva della Corte di Strasburgo il *nomen juris* decretato dal legislatore nazionale non è dirimente per escludere che una contestazione di carattere amministrativo rientri nella sfera di operatività della nozione di "accusa penale" e delle garanzie ad essa connesse: l'attuazione di un *fair trial* di cui all'art. 6, §1, CEDU, e la salvaguardia del principio del *ne bis in idem* ex art. 4, §1, Protocollo 7, CEDU.

Talché, ad oggi, non può più essere messa in discussione l'estensione delle garanzie dell'equo processo di cui agli artt. 6 e 7 CEDU ai procedimenti sanzionatori condotti dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

La natura penale delle sanzioni irrogate dall'Autorità di Vigilanza impone ora di soffermarsi sui caratteri del potere sanzionatorio esercitato da un'autorità amministrativa e sull'applicazione, più o meno rigida, dei principi di legalità e dei suoi corollari di matrice penalistica.

*

2 Caratteri generali del potere sanzionatorio: sanzione amministrativa nell'ordinamento nazionale

Il potere sanzionatorio esercitato da un'Autorità amministrativa e il prodotto finale della sua esplicazione, il provvedimento sanzionatorio, hanno il fine di reprimere un illecito ovvero il comportamento antigiuridico dal quale può derivare una responsabilità amministrativa oltre che penale e civile.

¹³⁵ S. VERNILE: Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti tra diritto amministrativo e diritto penale, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. ALLENA e CIMINI, 2013: *l'unitarietà del fenomeno sanzionatorio pare, infatti, trovare sostegno in molte pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha più volte manifestato l'esigenza di superare le qualificazioni formali e interne ai singoli ordinamenti, in favore di una lettura sostanziale delle misure afflittive. Il ragionamento dei giudici di Strasburgo muove dall'affermazione dell'indifferenza della qualificazione nazionale delle sanzioni come penali ovvero amministrative, al fine di evitare facili elusioni della Convenzione da parte dei singoli Stati e di promuovere una equiparazione sostanzialistica delle misure di portata afflittiva.*

Ne consegue che ad una condotta illecita l'ordinamento giuridico risponde con un provvedimento di carattere afflittivo che incide direttamente sulla sfera giuridica dell'autore e produce nei suoi confronti effetti punitivi e dissuasivi.

Autorevole dottrina¹³⁶ ha circoscritto la nozione di sanzione amministrativa, nel senso proprio del termine, unicamente ai provvedimenti connotati da carattere afflittivo che rappresentano il frutto di un accertamento di una condotta antigiuridica.

In altri termini, è stato elaborato un concetto di sanzione amministrativa in senso stretto, caratterizzata dal suo essere pena in senso tecnico, ossia afflittiva e dissuasiva e non semplicemente generica reazione alla violazione di un precetto connotata da finalità ripristinatorie o risarcitorie.

Peraltro, l'orientamento maggioritario tende persino ad escludere finalità di cura in concreto dell'interesse pubblico e quindi a depurare l'esercizio del potere amministrativo sanzionatorio dall'elemento della discrezionalità in senso proprio.

Ed è proprio l'accertamento dell'illecito che consente di distinguere l'esercizio del potere sanzionatorio dalle altre misure di coazione delle quali può disporre la Pubblica Amministrazione; peraltro, resterebbero escluse dal novero delle sanzioni amministrative in senso stretto anche le misure con funzione preventiva nonché le misure ripristinatorie, giacché queste ultime inciderebbero sull'oggetto della fattispecie criminosa attraverso il ripristino dello *status quo ante* e non sull'autore dell'illecito¹³⁷.

Talchè, l'irrogazione di una sanzione da parte dell'Autorità amministrativa sarebbe il frutto dell'esercizio di un potere speculare a quello esercitato dall'Autorità giudiziaria in sede penale.

In particolare, nell'iter procedimentale preordinato all'emanazione della misura punitiva, la discrezionalità amministrativa sarebbe estranea all'esercizio del potere sanzionatorio considerato che *l'ampio margine di apprezzamento*

¹³⁶ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013.

¹³⁷ V. DE GOIA - L. SCAVONETTO, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 2009; R. GIOVAGNOLI - M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009.

*lasciato dalla legge all'amministrazione dovrebbe essere esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria*¹³⁸.

Al contrario, le sanzioni in senso lato avrebbero carattere genericamente risarcitorio e ripristinatorio e rappresenterebbero manifestazione piena e tipica di un potere amministrativo autoritativo, in ordine al quale il cittadino godrebbe di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, rispettivamente tutelabili davanti al giudice amministrativo od al giudice ordinario.

La situazione giuridica del privato - incisa dall'esercizio di un potere sanzionatorio non connotato da sfumature penalistiche - può essere qualificata come interesse legittimo o diritto soggettivo, secondo che resti inclusa *nell'area dei poteri autoritativi dell'amministrazione medesima per la cura ed il governo di pubblici interessi, come avviene nel caso delle cosiddette sanzioni "ripristinatorie", ovvero esuli da detta area, trattandosi di sanzioni, come quella che imponga il pagamento di una somma di denaro, con funzione direttamente punitiva e solo mediatamente preordinate alla tutela di fini pubblici*¹³⁹.

*

3. Il principio di legalità

Il carattere soggettivo negativo del provvedimento sanzionatorio, accentuato dalla colorazione penale delle sanzioni formalmente amministrative di particolare gravità, richiede di porre l'attenzione sui principi, sia sostanziali sia procedurali, previsti dalla Legge 24 novembre 1981, n. 689; principi mutuati non a caso dalla responsabilità penale.

¹³⁸ Cassazione Civile, sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246: *"come chiaramente si desume dall'art. 11 della legge n. 689/81, l'autorità amministrativa determina la sanzione dovuta sulla base di criteri diversi che prescindono dalla valutazione di qualsiasi interesse pubblico"*.

¹³⁹ Così F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc. 2, 2014, pag. 337.

Ed infatti, l'art. 1 della Legge 689/1981, rubricato "principio di legalità" prevede che *nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati.*

Donde, appare *ictu oculi* che la formulazione del citato art. 1 è speculare a quella dell'art. 25, comma 2, della Costituzione alla cui stregua *nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*

L'identità sostanziale delle due previsioni normative ha portato autorevole dottrina ad estendere l'applicazione del principio di stretta legalità in materia penale alle sanzioni amministrative; principio che diviene ancor più pregnante e attuale se si considera la funzione penale cui assurge, secondo la giurisprudenza sovranazionale, la misura punitiva irrogata da un'Autorità amministrativa.

Ebbene, appare inconciliabile con la richiamata giurisprudenza sovranazionale quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui per gli illeciti amministrativi non vi è alcun "*obbligo costituzionale di tipicità e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*" ¹⁴⁰ ben potendo essere interpretato con una certa elasticità il principio di tipicità dell'illecito sanzionabile.

L'elaborazione di una nozione autonoma di sanzione penale, che prescinde dalla qualificazione meramente formale cui è ricondotta la misura punitiva nell'ordinamento nazionale, ha esteso l'applicazione delle garanzie di matrice penalistica alle sanzioni amministrative.

¹⁴⁰ Così Cons. Stato, 3 maggio 2010, n. 2507, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge che "*i principi della responsabilità penale non vanno applicati automaticamente alla responsabilità amministrativa ... il principio di stretta legalità derivato dall'art. 25, comma 2, Cost. [...] si riferisce propriamente alla materia penale, ma non si estende, sullo stesso piano, al dominio dell'illecito amministrativo, essendo la sanzione amministrativa soggetta a differenti parametri costituzionali (art. 23 e 97 Cost.) e normativi (legge n. 689/1981)*".

Il che ha determinato la naturale attrazione dei provvedimenti sanzionatori amministrativi nel perimetro di operatività del principio di legalità¹⁴¹ e dei suoi corollari: la riserva di legge, la tipicità e la tassatività, e l'attualità¹⁴².

Il corollario della riserva di legge impone che le ipotesi di illecito amministrativo trovino disciplina unicamente in fonti di rango primario, ovverosia leggi statali, regionali e atti aventi forza di legge,

Ciò nondimeno, non esiste una riserva esclusiva della potestà sanzionatoria in favore del legislatore ordinario come previsto per gli illeciti in materia penale ai sensi dell'art. 117, comma 1, lettera l, della Costituzione¹⁴³; ciò è da ricondurre ad una funzione generale di tutela e governo del "territorio" che deve essere riconosciuta alle sanzioni amministrative, il che spiega – anche da un punto di vista logico e politico – perché gli illeciti siano disciplinati dall'Ente pubblico dotato di potestà legislativa più vicino ai cittadini sui quali l'esercizio di quei poteri e funzioni – anche sanzionatori – incide.

Un profilo di criticità si pone rispetto al ruolo svolto dalle fonti regolamentari, ancor di più se si considera il potere di regolazione affidato alle Autorità

¹⁴¹ Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115: la Consulta ha rimarcato la correlazione tra il principio di legalità sostanziale e il potere sanzionatorio dell'autorità amministrativa ribadendo *l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione ... non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.*

¹⁴² A parer di chi scrive non è consono parlare di irretroattività della legge penale e sarebbe preferibile utilizzare la nozione di attualità del dettato normativo; ciò si ricava dall'art. 2 del codice penale che non prevede in senso assoluto l'irretroattività della legge penale, disponendo al contrario che il dettato normativo può avere efficace retroattività se più favorevole al reo: nessuno può essere incriminato per un fatto che secondo la legge attuale non costituisce reato e nel caso in cui la legge del momento in cui fu commesso il reato e quella attuale sono diverse troverà applicazione quella più favorevole; è evidente, quindi, che rientreranno nell'ambito di operatività della legge penale vigente anche fattispecie criminose pregresse a condizione che siano rispettati presupposti sanciti dallo stesso art. 2 codice penale.

¹⁴³ In materia penale la riserva del potere sanzionatorio alla legge statale si giustifica con esigenze di certezza e di garanzia, sia formali sia sostanziali, poiché il procedimento legislativo – se pur con tutte le sue inevitabili imperfezioni – rappresenta lo strumento più idoneo a salvaguardare il bene della libertà personale.

Amministrative Indipendenti.

V'è da capire se l'art. 1, Legge n. 689/1981 mutua dalla disciplina penale anche il carattere assoluto della riserva di legge ovvero il principio di legalità richiamato dalla norma in esame consente dei margini di manovra.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha concesso spazi di flessibilità aprendo ad un'opera di integrazione delle fonti di grado secondario che si innestano su un quadro normativo già delineato dalla fonte legislativa, precisando che se da una parte la Legge 24 novembre 1981 n. 689 prevede che l'illecito amministrativo e la sanzione che ne consegue sono introdotti da fonti di rango primario, dall'altra non esclude - *sic e simpliciter* - che il dettato legislativo sia dettagliato e specificato da norme regolamentari in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare¹⁴⁴.

Tuttavia, dottrina autorevole¹⁴⁵ ha evidenziato che l'equiparazione tra misure penali in senso proprio e sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali non si concilierebbe con una riserva di legge "tendenzialmente assoluta"¹⁴⁶, giacché i principi e i canoni che connotano le sanzioni penali dovrebbero trovare applicazione anche per i procedimenti sanzionatori amministrativi¹⁴⁷.

Ciò nondimeno, occorre ricordare che la dottrina penalistica¹⁴⁸ ha evidenziato

¹⁴⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 dicembre 2012, n. 10620.

¹⁴⁵ GOISIS F., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 682, in *Foro Amm. Tar*, 4, 2013, 1228.

¹⁴⁶ C. E. PALIERO - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1989.

¹⁴⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 682: *giòva, in proposito, ricordare che le sanzioni amministrative, siano esse meramente pecuniarie, ovvero siano dotate di un carattere afflittivo che prescinde dall'effetto ripristinatorio della situazione compromessa dalla violazione e/o dalla eventuale riparazione dell'interesse leso, hanno come scopo primario quello di punire il contravventore, nel presupposto che non ripeta più la condotta antigiuridica e, dunque, devono essere assoggettate alle regole comuni che governano le sanzioni penali, a cominciare dal divieto di retroattività di cui all'art. 25, Cost.*

¹⁴⁸ M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974; PARODI - GIUSINO, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, 1978; PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti De Marsico*, Milano, 1960.

che la riserva assoluta di legge se pur condivisibile ideologicamente non è più apprezzabile in uno standard normativo come quello attuale, dove l'apporto della fonte secondaria appare indispensabile specie in settori caratterizzati da complessità, tecnicità e bisognosi di continuo aggiornamento.

*

3.1 Segue: il principio di tassatività e determinatezza

Un ulteriore riflesso e proiezione del principio di legalità è rappresentato dall'esigenza di tassatività e sufficiente determinatezza dell'ipotesi di illecito.

È necessario che la norma incriminatrice descriva con precisione la condotta illecita affinché ogni individuo abbia l'esatta consapevolezza, al *tempus commissio criminis*, sia della fattispecie delittuosa sia del tipo e modalità della pena sia, infine, del tempo che debba trascorrere perché l'illecito si pescriba.

Talché, mentre il principio della riserva di legge incide sul rapporto gerarchico tra fonti, il corollario della determinatezza coinvolge la tecnica di formulazione del precetto normativo.

Invero, la funzione garantista della riserva di legge verrebbe privata del suo significato se la fonte normativa che qualifica come reato una determinata condotta la delineasse in termini così generici da non consentire ai consociati di individuare con certezza e precisione il comportamento penalmente sanzionato; in tal caso, il principio di legalità sarebbe rispettato solo sul piano formale ma verrebbe eluso sul piano sostanziale.

La necessità di una formulazione chiara e precisa della norma incriminatrice risponde infatti ad una duplice esigenza.

In via preliminare, la determinatezza del dato legislativo consente ai destinatari di avere contezza *ex ante* delle conseguenze giuridico – penali della propria condotta¹⁴⁹, consentendogli di agire in piena libertà conoscendo la reazione dell'ordinamento alle proprie azioni ed omissioni.

¹⁴⁹ Corte Costituzionale, 1° agosto 2008, n. 237.

Il principio di tassatività si innesta perfettamente nel rapporto norma – cittadino all'interno di uno Stato democratico giacché quanto più i consociati sono in grado di discernere senza ambiguità tra ciò che è lecito e ciò che è illecito tanto più cresce la fiducia nei confronti delle Istituzioni¹⁵⁰.

Inoltre, una descrizione precisa delle fattispecie criminosi tutela i cittadini da eventuali abusi del potere giudiziario, che – a fronte di formulazioni normative non definite – potrebbe estendere eccessivamente la sfera di operatività della norma incriminatrice sussumendovi casi ad essa estranei¹⁵¹.

Accogliere una formulazione vaga del precetto normativo consentirebbe all'interprete un margine discrezionale tale da privare il Legislatore del potere di produzione della *regola iuris* che, per contro, verrebbe creata dal potere giudiziario.

Il principio di tassatività – determinatezza della legge penale è stato un terreno di gioco ove si sono susseguiti numerosi interventi della Corte Costituzionale, che da un lato ha cercato di definire la portata del principio e dall'altro ha fornito le linee guida per ricondurre a sistema previsioni normative sospettate di indeterminazione.

Ed infatti, la Consulta con la nota sentenza, 8 giugno 1981, n. 86, ha precisato che il principio di tassatività e determinatezza incide sulla formulazione linguistica del precetto normativo, che deve essere chiaro e preciso, e al contempo impone al Legislatore di formulare fattispecie corrispondenti alla realtà che si riproducono sul piano dell'esperienza, non essendo conformi al dettato costituzionale previsioni normative che

¹⁵⁰ FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2014, pag. 76 e ss.

¹⁵¹ Le nozioni di "tassatività" e "determinatezza" vengono spesso utilizzate con significato analogo; tuttavia, autorevole dottrina ha operato una distinzione terminologica: la determinatezza si riferisce alla tecnica di formulazione del testo normativo, la tassatività invece richiama il divieto dell'interprete di applicare la norma penale a fattispecie criminosi da essa non espressamente previste (Cfr. PALAZZO, *Il principio di indeterminazione*, Cedam, 1979); l'orientamento dottrinale è stato fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale che con la sentenza 16 maggio 1989, 247 (in Riv. it. dir. e proc. pen. 1989, 1194; Banca borsa tit. cred. 1990, II, 141; Foro Amm. 1990, 595), ha precisato che "verrà usato il termine determinatezza (insieme al correlativo indeterminazione) e non quello di tassatività, in primo luogo perché, esistendo autorevoli dottrine che ritengono distinti i significati dei due termini, seguendo le stesse dottrine, si tratta, in questa sede, appunto di decidere sulla determinatezza quale modo (di formulazione e, conseguentemente) di essere della norma (o di un suo elemento, la "misura rilevante") di cui all'art. 4, n. 7 del citato decreto legge ...".

disciplinano casi irreali e irrazionali; d'altra parte, ciò non consentirebbe all'interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza tra la previsione normativa e la fattispecie concreta¹⁵².

La Corte Costituzionale ha altresì fornito i criteri per colmare imprecisioni e lacune riscontrabili nelle previsioni normative.

La Consulta ha ritenuto che norme apparentemente indeterminate potessero acquisire un maggior grado di certezza sulla scorta che le stesse contengano riferimenti a nozioni del linguaggio e dell'intelligenza comune; ed ancora, ha ricordato che attraverso un ordinario percorso ermeneutico combinato con un'interpretazione giurisprudenziale costante, apprezzabile in termini di diritto vivente, è possibile riempire di significato un concetto che solo apparentemente è indeterminato; oppure mercé i comuni criteri di interpretazione delle norme - interpretazione sistematica, ricorso alla *voluntas legis* e segnatamente ai lavori preparatori del codice penale, ricorso al c.d. diritto giurisprudenziale o vivente – è possibile ricavare dal complesso di norme in cui si innesta la previsione normativa dei tratti distintivi comuni che illuminino e circoscrivano la fattispecie incriminata.

D'altra parte, la stessa Corte Costituzionale ha più volte ribadito¹⁵³ che *la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo*

¹⁵² F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art.25, commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, "Questione Giustizia", 1980; la previsione di fattispecie criminose estranee alla realtà ha immediati riflessi soprattutto sul piano processuale pregiudicando, in primis, il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale giusta la difficoltà di verificare la violazione precetto normativo; in secondo luogo, renderebbe estremamente gravosa l'attività difensiva dell'imputato in mancanza di una puntuale descrizione legislativa del fatto contestato.

¹⁵³ Corte Costituzionale, 21 ottobre 2005, n. 395; nel delineare la latitudine interpretativa della nozione di "senza giustificato motivo" allorché lo straniero non esegua l'ordine del Questore di lasciare il territorio nazionale, i Giudici delle Leggi rilevano come *l'impiego nella norma incriminatrice citata della clausola elastica «senza giustificato motivo» non comporti una violazione del principio di determinatezza dell'illecito penale, giacché la finalità dell'incriminazione (rendere effettivo il provvedimento di espulsione, rimuovendo situazioni di illiceità o di pericolo correlate alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato) ed il quadro normativo in cui essa si innesta (che vede regolati in modo diverso, anche a livello costituzionale, l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. "migranti economici") consentono comunque al giudice di stabilire il significato di tale formula, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato; e, correlativamente, permettono al destinatario della norma incriminatrice di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo.*

*dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. In particolare, "l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisemi, ovvero [...] di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo"*¹⁵⁴.

Ferma la necessità che la norma incriminatrice rispetti il principio di tassatività e determinatezza che impone di formulare il precetto penale con chiarezza - in modo che sia univocamente desumibile la norma -comando, così che il cittadino possa facilmente comprendere cosa è, e cosa non è, penalmente vietato - e il giudice non goda di arbitrio nel reprimere i comportamenti umani, è evidente che la Corte Costituzionale ha applicato in maniera poco rigorosa il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. rinvenendo continui correttivi alle lacune legislative negli strumenti tipici della tecnica ermeneutica¹⁵⁵.

*

3.2 Segue: il principio di tassatività e determinatezza e le sanzioni amministrative

È sempre stato oggetto di *querelle* giurisprudenziale l'interrogativo se al diritto sanzionatorio amministrativo e in particolare al principio di tipicità espresso dall'art. 1, comma 2, Legge n. 689/1981, si estendessero le soluzioni elaborate per il diritto penale in termini di tassatività e determinatezza: la prima intesa

¹⁵⁴ Corte Costituzionale, 1° agosto 2008, n. 327, punto 4 dei considerando in diritto.

¹⁵⁵ M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in www.federalismi.it, febbraio 2017.

come divieto di interpretazione analogica delle norme sanzionatorie, la seconda come adeguata descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria.

Un'impostazione più garantista ha acquisito maggiore rilevanza grazie ai riflessi della normativa convenzionale di cui all'art. 7 CEDU nell'ordinamento nazionale e, ciò nondimeno, ancora oggi tende a vacillare.

Premessa del ragionare è che il rapporto tra sanzioni amministrative e principio di legalità ed i suoi relativi corollari di matrice strettamente penale ha vissuto due diverse stagioni nell'ambito della giurisprudenza costituzionale.

In una prima fase, la Corte Costituzionale ha sempre ribadito l'autonomia delle sanzioni amministrative da quelle penali e, sulla scorta che le prime sono finalizzate alla cura degli interessi pubblici affidati all'amministrazione, ha ricondotto il sistema sanzionatorio amministrativo nella sfera di operatività dei parametri costituzionali dell'art. 23 e dell'art. 97¹⁵⁶, circoscrivendo l'ambito di operatività dell'art. 25, comma 2, Cost., alle sole sanzioni penali in senso stretto.

Siffatta impostazione si è tradotta troppo spesso in una modalità di elusione delle garanzie apprestate in favore dei cittadini.

Infatti, l'art. 23 della Costituzione – secondo cui le prestazioni di carattere personale o patrimoniale necessitano di un fondamento legislativo – è stato progressivamente privato di incisività mercé il rimando alla fonte sub – legislativa non solo per la descrizione di alcuni profili più tecnici dell'illecito ma anche per la definizione dell'illecito stesso.

¹⁵⁶ Corte Costituzionale, 14 aprile 1988, n. 447, in Foro it. 1990, I,3364: § 3- 4: *le sanzioni amministrative, a differenza da quelle penali, non si pongono come strumento di difesa dei valori essenziali del sistema, come tali non misurabili sul terreno della convenienza economica, ma vengono a costituire un momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all'amministrazione ... Quanto ora detto conduce ad escludere la riferibilità della riserva di legge, prevista dall'art. 25, comma secondo, della Costituzione per le sanzioni penali, alle sanzioni amministrative. Non può peraltro disconoscersi che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse, e ciò in riferimento sia al principio di imparzialità (art. 97 della Costituzione), espressamente invocato dal ricorrente, sia al principio di cui all'art. 23 Cost., implicitamente invocato con il denunciare la mancata previsione, ad opera della legge regionale, di criteri siffatti.*

Parimenti, il richiamo al principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione - che si articola in quelli di efficacia (capacità di raggiungere gli obiettivi), efficienza (miglior rapporto tra risorse e risultati) ed economicità (miglior rapporto tra il costo di risorse e mezzi e gli obiettivi) - al principio di imparzialità, è servito per privare di complessità (*recte*: di garanzie) i procedimenti sanzionatori dell'Autorità amministrativa¹⁵⁷.

Tutto ciò non ha in ogni caso consentito di individuare un fondamento Costituzionale per il principio di tassatività e determinatezza per le sanzioni amministrative, giacché l'art. 25 Cost. - come detto - è riferibile solo alle sanzioni penali in senso stretto.

Il che ha portato ad ancorare il principio di tassatività e determinatezza degli illeciti amministrativi unicamente all'art. 1 della Legge 689 del 1981.

Sennonché, tale impostazione presenta due considerevoli *deficit*; il primo riguarda la sfera di operatività della normativa, che escluderebbe le sanzioni amministrative diverse da quelle di natura pecuniaria; il secondo riguarda il grado di forza della Legge n. 689/1981 in un rapporto di gerarchia con altre fonti; *aliis verbis*, il principio espresso dall'art. 1 della Legge n. 689 del 1981, germinando da una fonte di rango primario, potrebbe essere derogato da altra norma di rango legislativo e a carattere speciale.

Il rapporto tra garanzie di matrice penale e sanzioni formalmente amministrative è mutato a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale del 4 giugno 2010, n. 196, ripreso successivamente nella decisione del 18 aprile 2014, n. 104.

La Consulta ha precisato che una corretta applicazione dei criteri *Engel* formulati dalla Corte di Strasburgo impone di equiparare le sanzioni amministrative, punitive ed afflittive, alle sanzioni penali con la conseguenza che alle prime devono essere estese le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 CEDU previste per le sanzioni penali in senso stretto.

Talché, tale *principio* (il principio di legalità), *del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale* - data l'ampiezza della sua formulazione

¹⁵⁷ M. ALLENA, *ibidem*;

(«Nessuno può essere punito...») - può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato. D'altronde, questa Corte non solo ha affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (sentenza n. 447 del 1988), ma ha anche precisato come la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulti pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» (sentenza n. 78 del 1967). A ciò è da aggiungere che anche la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati - recata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) - ha stabilito che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, primo comma), dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema».

Tuttavia, detta impostazione non è stata correttamente recepita dalla giurisprudenza civile e amministrativa ovvero non è stata applicata in modo rigoroso.

I risultati sono più che evidenti.

Il Consiglio di Stato ha sostenuto che *“i principi della responsabilità penale non vanno applicati automaticamente alla responsabilità amministrativa, come ritenuto anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale richiamata dall'appellante, secondo cui, da una parte, il principio di stretta legalità derivato dall'art. 25, comma 2, Cost., inteso come obbligo costituzionale di tipicità e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, si riferisce propriamente alla materia penale, ma non si estende, sullo stesso piano, al dominio dell'illecito amministrativo, essendo la sanzione amministrativa soggetta a differenti parametri costituzionali (art. 23 e 97 Cost.) e normativi (legge n. 689/1981) e secondo cui, dall'altra, premesso che l'art. 25, comma 2, Cost., non è riferibile*

*alle violazioni amministrative, il principio di tipicità degli illeciti amministrativi è compatibile con una certa "elasticità della puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili", purché esse "siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala dei doveri della funzione esercitata"*¹⁵⁸.

Parimenti, la Corte di Cassazione ha statuito che *quanto al principio di tassatività (del quale si assume la violazione per presunta illegittimità di una contestazione di inosservanza di disposizioni limitate a dettare linee di indirizzo secondo principi generali e di massima, così lasciando - nella sostanza - affatto indeterminate le condotte prescritte o vietate), deve rilevarsi che lo stesso non è destinato ad operare con la medesima intensità nella sfera dell'illecito amministrativo e in quella del reato penale, specie in una materia contraddistinta da specifiche, e per certi versi uniche peculiarità - quale l'intermediazione finanziaria, ove si configurano condotte e comportamenti in ipotesi contrarie all'interesse dei risparmiatori e del mercato, di talché in alcun modo e sotto alcun profilo è lecito discorrere di norme sanzionatorie "in bianco", essendo i poteri regolamentari della CONSOB rigorosamente individuati ex ante secondo principi e direttive contenute in fonti primarie, onde la relativa portata precettiva si sostanzia in una analitica specificazione di contenuti già sufficientemente delineati dalla legge"*¹⁵⁹.

La Corte di Legittimità ha addirittura sostenuto che le genericità del dettato normativo e le conseguenti lacune in termini di tassatività e determinatezza potrebbero essere compensate da una motivazione - rigorosa, specifica ed esauriente - del provvedimento sanzionatorio.

Ebbene, lascia sconcerto che alla luce degli interventi della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei diritti dell'uomo la giurisprudenza nazionale continui ad operare una così netta distinzione tra sanzioni amministrative e sanzioni penali; distinzione che, ancorché esistente sul piano formale, è venuta meno sul piano sostanziale.

¹⁵⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 2507, in Foro amm. C.D.S. 2010, 5, 1075.

¹⁵⁹ Cassazione civile, sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683.

Talché, il bacino di garanzie apprestate ai cittadini in materia penale dovrebbe essere necessariamente esteso anche alle sanzioni amministrative.

Se ciò non bastasse, non si comprende perché l'Autorità Amministrativa facendo buon uso dei poteri regolamentari che sempre più spesso e sempre in più ampia misura gli vengono attribuiti dalle fonti primarie, non assicuri una maggiore certezza in punto di formulazione della norma incriminatrice, mercé un meccanismo di integrazione sub-legislativa della norma primaria, e preveda al contempo l'applicazione di maggiori garanzie in seno ai procedimenti sanzionatori.

Né si può condividere la tesi secondo cui procedimenti più complessi causerebbero il rallentamento dell'attività amministrativa; invero, sarebbe irrazionale consentire procedimenti più celeri ma ingiusti lì dove vengono in gioco valori rilevanti anche di carattere patrimoniale.

*

3.3 Segue: il principio di legalità e l'art. 7 CEDU

Il quadro così delineato sul piano nazionale ha subito una progressiva evoluzione in virtù degli interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo che hanno portato ad un'estensione delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU ai procedimenti sanzionatori amministrativi.

L'art. 7, paragrafo 1, CEDU, rubricato "*nulla poena sine lege*", codifica in sede convenzionale il principio di legalità per le sanzioni penali alla cui stregua *nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.*

La nozione di "*legge*" è interpretata dai Giudici di Strasburgo in maniera elastica, sussumendo in tale concetto anche fonti sub-legislative di produzione normativa o addirittura di matrice giurisprudenziale (tipiche queste ultime degli ordinamenti di *common law*).

In altri termini, per la Corte EDU non è dirimente che l'illecito sia definito in sede legislativa, in sede sub-legislativa o, al limite, dalla stessa interpretazione giurisprudenziale¹⁶⁰, bensì è necessario che gli elementi costitutivi della fattispecie criminosa siano dettagliati in modo preciso ed esauriente¹⁶¹.

La Corte EDU ha infatti precisato che *the term "law" implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability. These qualitative requirements must be satisfied as regards both the definition of an offence and the penalty that the offence in question carries. An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation thereof, what acts and omissions will render him criminally responsible and what penalty will be imposed for the act and/or omission in question. Furthermore, a law may still satisfy the requirement of "foreseeability" where the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*¹⁶².

¹⁶⁰ Corte EDU, 7 febbraio 2002, *Affaire E.K. c. Turquie*, application 28496/1995, § 51: *La Cour rappelle que, conformément à sa jurisprudence, l'article 7 consacre notamment le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les sanctions qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. La notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité; ed ancor prima Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni v. France*, application 17862/1991, § 29: *As the Court has already held, Article 7 (art. 7) embodies, inter alia, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision (art. 7) and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. When speaking of "law" Article 7 (art. 7) alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability*".*

¹⁶¹ M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in www.federalismi.it, febbraio 2017, pag. 18 e ss.

¹⁶² Corte Europea dei diritti dell'uomo, application 20372/2011, *Vyerentsov v. Ukraine*, § 64-65, ove viene precisato che *"The Court has acknowledged in its case-law that, however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an*

Pertanto, volendo richiamare la triangolare articolazione nazionale del principio di legalità in riserva assoluta di legge, tassatività della fattispecie criminosa e attualità della legge penale, ne deriva che il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU prescinde dalla fonte formale in cui è contenuto il precetto penale¹⁶³.

Ne consegue che in sede convenzionale vengono valorizzati i profili di tassatività e determinatezza al fine di consentire agli interessati di prevedere la conseguenza della propria condotta o omissione.

Invero, solo una disposizione chiara, precisa ed esauriente consente ai cittadini di poter prevedere *ex ante* quale sia la reazione sanzionatoria (penale o amministrativa) dell'ordinamento alla condotta posta in essere.

È evidente che la *ratio* di una formulazione chiara del precetto normativo mercé la predeterminazione di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito sarebbe compromessa dalla retroattività *in malam parte* della previsione sanzionatoria, da un'applicazione analogica del dettato normativo ovvero da un'interpretazione estensiva dello stesso.

Invero, il principio di tassatività nella misura in cui viene richiamato per desumere limiti all'interpretazione giudiziale, manifesta evidenti connessioni con il principio di divieto di analogia in materia penale.

Infatti, ampliare l'applicazione di una norma sanzionatoria a fattispecie analoghe o estenderne la portata mercé un'interpretazione in senso sfavorevole per l'imputato, impedirebbe ai consociati di predeterminare il proprio agire in modo conforme all'ordinamento giuridico.

inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain".

¹⁶³ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV. Studi in onore di Mario Romano, Napoli, 2011, pag. 2197 e ss.

Ciò comporterebbe una violazione *ex post*, ovvero sia in sede interpretativa, del principio di tassatività e determinatezza e, più in generale, di certezza del dettato normativo.

Evidente, altresì, la connessione tra il principio *de quo* e il principio di irretroattività in *malam partem* della norma incriminatrice: la *ratio* comune è rappresentata dalla certezza del precetto normativo, intesa come massima predeterminazione della norma incriminatrice; d'altra parte, è possibile parlare di previa esistenza del comando solo allorché questo oltre ad esistere nella realtà giuridica sia anche correttamente e precisamente formulato¹⁶⁴.

Tuttavia, non può sottacersi che il principio di legalità e il corollario di riserva assoluta di legge non possono essere sminuiti e privati di significato a fronte di un'interpretazione sostanziale de principio "*nullum crimen sine lege*".

Infatti, giova rilevare che l'integrazione dell'ordinamento nazionale con le garanzie di matrice convenzionale deve mirare a un ampliamento delle tutele e non ad un'elisione reciproca; talché, autorevole dottrina¹⁶⁵ non ha mancato di sottolineare che sarebbe auspicabile, in coerenza con una nozione sostanziale di potestà punitiva, peraltro frutto dell'elaborazione della giurisprudenza CEDU, continuare ad assoggettare la produzione normativa in materia sanzionatoria (anche amministrativa) alla riserva assoluta di legge.

D'altra parte, è incontestabile che individuare nella legge l'unica fonte del precetto sanzionatorio, del resto, rappresenta la massima espressione di un sistema garantistico.

E non deve fuorviare che la Corte Europea sia propensa ad un'interpretazione flessibile dei concetti normativi tra cui anche quello di "legge"¹⁶⁶.

Invero, è opportuno ricordare che al sistema CEDU appartengono anche ordinamenti giuridici di *common law* ove assumono un ruolo primario

¹⁶⁴ C. FIORE – S. FIORE, Diritto penale. Parte generale, UTET, 2008, pag. 66 e ss.

¹⁶⁵ F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in Foro Amm. Tar, 2013.

¹⁶⁶ ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes e Zagrebelsky, Milano, 2011, 69 ss.

nell'ambito della produzione normativa i *case-law*, intesi, per quello che qui interessa, come fattori di definizione, in via consuetudinaria, degli illeciti di natura penale.

Pertanto, se è vero che in sistemi giuridici a base prettamente giurisprudenziale l'integrazione del precetto normativo avvenga sulla scorta del "precedente" giudiziario, non può dirsi lo stesso per i sistemi di *civil law* in cui ben altri sono i principi rilevanti: la legge, appunto, deve essere intesa in senso tecnico.

Alla luce di quanto sopra è naturale interrogarsi se il principio di tassatività e determinatezza di matrice penale debba essere applicato alle sanzioni amministrative mercé un'estensione della sfera di operatività dell'art. 25, comma 2, Cost., quale frutto dell'equiparazione sul piano sostanziale delle sanzioni amministrative, afflittive e punitive, alle sanzioni penali¹⁶⁷, oppure sia possibile applicare il corollario del principio di legalità attraverso l'art. 7 CEDU, inteso come parametro costituzionale interposto.

Aderire a quest'ultima soluzione, implica riconoscere forme di eterointegrazione normativa attuate mediante il ricorso a fonti di diritto positivo non legislative (regolamenti, decreti ministeriali e atti amministrativi in genere) a cui viene attribuita la funzione di delineare e concretizzare il precetto sanzionatorio.

Ebbene, questo procedimento di produzione normativa se in astratto potrebbe collidere con il principio di riserva di legge, in concreto la problematica viene superata proprio attraverso l'interpretazione che la Corte di Strasburgo fornisce del termine "legge", attribuendole un significato sostanziale che si dissocia dal dato meramente formale di fonte normativa di rango primario.

¹⁶⁷ F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in Foro Amm. Tar, 2013: l'art. 7 richiama il diritto penale e le sue garanzie; dunque è opportuno, per una più sicura conformazione alla Convenzione, guardare all'art. 25 Cost. Ciò senza accontentarsi di un principio di stretta legalità codificato solo a livello di legislazione primaria (art. 1, l. n. 689 del 1981) e quindi sempre derogabile da leggi speciali e comunque, come il caso in commento dimostra, non tale da coprire, almeno direttamente e con certezza, tutte le vicende che, ai sensi della CEDU, debbono ritenersi di carattere sanzionatorio-afflittivo e quindi di natura penale.

È necessario però che la legge predetermini la condotta illecita e i criteri in base ai quali la fonte di rango secondario concorrerà alla specificazione del precetto normativo, che può anche non limitarsi ad una mera specificazione sul piano strettamente tecnico dei presupposti per il verificarsi della fattispecie sanzionatoria.

Al riguardo, autorevole dottrina¹⁶⁸ ha evidenziato che il medesimo risultato cui si perviene mercé l'applicazione dell'art. 7 CEDU, si potrebbe ottenere anche attraverso l'applicazione dell'art. 23 ovvero dell'art. 25, comma 2, Cost.

Invero, il parametro costituzionale dell'art. 23 è stato spesso interpretato dalla Corte Costituzionale in modo poco rigoroso con il riconoscimento di un certo grado di flessibilità alle garanzie imposte dalla riserva di legge.

Ed infatti la Consulta ha affermato che *il principio della riserva di legge previsto dall'art. 23 della Costituzione, è di carattere relativo*¹⁶⁹, essendo

¹⁶⁸ M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit.

¹⁶⁹ La Corte Costituzionale anche recentemente con la sentenza 7 aprile 2011, n. 115, ha precisato da un lato *l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*; dall'altro ha richiamato come parametro costituzionale per le sanzioni amministrative l'art. 23 della Costituzione evidenziando che *la riserva di legge appena richiamata ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l'espressione «in base alla legge», contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione» (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessario che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione» (sentenza n. 190 del 2007).*

richiesto che la prestazione sia imposta “in base alla legge”: come tale, esso può dirsi rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione, purché gli stessi siano in qualche modo desumibili (dalla composizione o funzionamento dell'autorità competente, dalla destinazione della prestazione, dal sistema procedimentale che prevede la collaborazione di più organi) al fine di evitare arbitrii dell'amministrazione¹⁷⁰.

La Corte Costituzionale sembra quasi aver attribuito rilievo anche in sede sanzionatoria al principio di legalità procedimentale, come se la partecipazione in questa fase potesse compensare i *deficit* in punto di legalità sostanziale.

Tale orientamento trova piena conferma ancora oggi nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, civili e amministrative.

La Corte di Cassazione ha infatti precisato che in materia di sanzioni amministrative il valore della legalità - predeterminazione del precetto sanzionatorio deve essere inteso in maniera flessibile, onde salvaguardare l'efficacia dell'azione amministrativa quale espressione delle *esigenze di mantenimento di adeguati livelli di funzionamento del sistema, di costante conformità alle direttive comunitarie e di corretto esercizio delle attività di vigilanza e di controllo*¹⁷¹.

In particolare, in materia di sanzioni Consob, la Corte di Legittimità ha rimarcato che il principio di tassatività e determinatezza non opererebbe, lasciando spazio ad un meccanismo di etero-integrazione del precetto sanzionatorio.

Più nello specifico, il principio di tipicità dei procedimenti amministrativi sanzionatori di cui Legge n. 689 del 1981, art. 1 (*lex generalis*), può essere legittimamente derogato in presenza di disposizioni di pari forza e grado, quali certamente risultano le norme dettate in tema di intermediazione finanziaria,

¹⁷⁰ Corte Costituzionale, 10 giugno 1994 n. 236; in generale sull'interpretazione dell'art. 23 della Costituzione come riserva di legge relativa vedi ANTONINI, Commento all'art. 23, in Commentario alla costituzione, a cura di BIFULCO, CELOTTO e OLIVETTI, Torino, 2006, 484 ss., spec. 492 ss.

¹⁷¹ Corte di Cassazione, sez. I, 23 marzo 2004 n. 5743.

creditizia e bancaria, segnatamente il d.lg. n. 58 del 1998, art. 190 (*lex specialis*), che consente all'Autorità di Vigilanza la facoltà di integrare la disciplina sanzionatoria legale con l'adozione di provvedimenti di natura regolamentare¹⁷².

Talché, tornando a ciò che maggiormente interessa in questa sede, il meccanismo di etero-integrazione del precetto normativo mercé fonti di rango secondario potrà soddisfare il canone di prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU solo ove assicurati un'ampia predeterminazione della fattispecie sanzionatoria.

Orbene, alla luce di quanto sin'ora esposto, a parer di chi scrive sarebbe necessario procedere ad una rigorosa equiparazione tra sanzioni amministrative e penali.

Gli interventi della Corte di Strasburgo devono far riflettere non solo in termini di garanzie difensive, procedurali e processuali, onde assicurare una piena tutela al cittadino quando si è già in fase patologica.

Bensì, è necessario assicurare il medesimo livello di tutela, tanto per gli illeciti amministrativi quanto per quelli penali, già in sede di produzione normativa e di elaborazione della fattispecie sanzionatoria.

Ne deriva che il principio di stretta legalità di matrice penale deve trovare piena attuazione anche per gli illeciti di natura amministrativa.

La scelta del Legislatore nazionale di procedere alla depenalizzazione di alcune ipotesi di illecito e di ricondurle nell'alveo del diritto amministrativo non deve tradursi in una perdita delle tutele fondamentali del cittadino a fronte di una potestà, nel diritto penale come in quello sanzionatorio amministrativo, egualmente punitiva.

Tale soluzione deve portare ad un'interpretazione estensiva dell'art. 25, comma 2, Costituzione, che deve fungere da parametro costituzionale per le sanzioni punitive e afflittive a prescindere dalla qualificazione formale che il nostro ordinamento gli riconosce: il che porta ad estendere alle sanzioni

¹⁷² Corte di Cassazione, sez. II, 7 agosto 2012 n. 14210.

amministrative tutti i corollari del principio di legalità nonché il sistema di garanzie procedimentali e giurisdizionali già previste per le sanzioni penali.

In conclusione, è opportuno rammentare che l'estremo tasso di tecnicismo che spesso caratterizza gli illeciti amministrativi in settori regolati e vigilati dalle Autorità Amministrative Indipendenti non è ostativo ad un'applicazione rigorosa dell'art. 25 Cost. anche alle sanzioni amministrative.

Il rinvio a una fonte non legislativa – nell'ispecie prodotta dalle Autorità di Vigilanza – non determina *ex se* l'illegittimità costituzionale della relativa previsione; è invece illegittimo *il precetto normativo se la predeterminazione legislativa degli elementi della fattispecie sanzionatoria non sia sufficientemente tassativa, così da rimettere alla fonte subordinata la stessa determinazione della regola di condotta*¹⁷³.

*

3.4 Segue: attualità della legge penale e il principio del *favor rei*

Infine, il terzo corollario del principio di legalità è rappresentato dall'irretroattività della norma sanzionatoria sfavorevole all'autore della violazione, alla cui stregua non è possibile applicare la norma incriminatrice a fatti illeciti commessi prima della sua entrata in vigore.

Il regime dell'irretroattività non si estende alle disposizioni normative che prevedono una disciplina più favorevole per l'autore dell'illecito.

La *ratio* sottesa al principio del *favor rei* è da individuare sia nella necessità di garantire al singolo maggiori spazi di libertà sia nel rispetto del principio di rilevanza costituzionale di cui all'art 3. della Costituzione, onde assicurare una parità sostanziale di trattamento.

Orbene, non v'è dubbio che il principio del *favor rei* trova applicazione anche per gli illeciti amministrativi.

Tuttavia, siffatta conclusione ha creato non pochi profili problematici.

¹⁷³ C. FIORE – S. FIORE, *Op. cit.*, pag. 79.

Soffermarsi sul tema appare rilevante giacché offre spunto per riflettere sulla generale applicabilità delle garanzie di natura penalistica previste dalla CEDU alle sanzioni amministrative.

Ad oggi l'estensione del *favor rei* alle sanzioni amministrative ha fonte nell'applicazione ai procedimenti sanzionatori condotti dalla P.A. dei principi enucleati dagli artt. 6 e 7 della Convenzione europea de diritti dell'uomo.

Tale profilo non è sempre stato così certo.

L'orientamento dottrinale dominante ha sempre sostenuto che il principio del *favor rei* non si applicasse alle sanzioni amministrative poiché l'ordinamento penale e quello amministrativo rappresenterebbero due sistemi autonomi.

Nel silenzio della legge sulle sanzioni amministrative, secondo l'impostazione sopra richiamata, l'art. 2 del codice penale - che prevede espressamente il principio del *favor rei* - non sarebbe suscettibile di applicazione analogica agli illeciti di carattere amministrativo giacché vi sarebbe una violazione dell'art. 14 del codice delle preleggi che prevede il divieto di applicazione analogica della normativa penale.

Tale orientamento, peraltro, ha trovato conferma nella più recente giurisprudenza di legittimità ¹⁷⁴, la quale ha negato che alle sanzioni amministrative possa essere estesa l'applicabilità del corollario squisitamente penalistico del *favor rei*, con la conseguenza che all'autore della violazione dovrà applicarsi la disciplina vigente al momento della commissione della medesima, precisando altresì che è assolutamente irrilevante la circostanza che la normativa più mite sia entrata in vigore in data anteriore alla conclusione dell'iter sanzionatorio.

¹⁷⁴ Cassazione Civile S.S.U.U., 17 giugno 2013, n. 15120: per “consolidata giurisprudenza di questa corte, per la quale in materia di sanzioni disciplinari a carico degli avvocati, trattandosi di sanzioni amministrative, non vige il canone penalistico dell'applicazione retroattiva della norma più favorevole, e al fatto si applica la sanzione vigente nel momento in cui il medesimo è stato commesso (Cass. sez. un. 26 novembre 2008 n. 28159; 10 agosto 2012 n. 14374)”; Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5746; Cass., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374; Cass., sez. un., 12 aprile 2012, n. 5756.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale statuendo che “*in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire, in caso di successione di leggi nel tempo, un vincolo imposto al legislatore nel senso dell'applicazione della legge posteriore più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore – nel rispetto del limite della ragionevolezza – modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore a seconda delle materie oggetto di disciplina; ciò comporta che non può ritenersi irragionevole che, in riferimento a particolari tipologie di illeciti amministrativi, sia stato espressamente introdotto, anche in materia di sanzioni amministrative, il principio di applicabilità retroattiva della legge più favorevole, valevole in generale nella materia penale*¹⁷⁵”.

Donde, possono essere così sintetizzate le principali ragioni che limitano l'applicabilità del principio della retroattività della *lex mitior* alle sole ipotesi previste dalla legge: l'assenza di una specifica disposizione *ad hoc* nella legge n. 689/1981; il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 delle Preleggi); il divieto di applicazione analogica di norme di carattere eccezionale (art. 14 delle Preleggi)¹⁷⁶.

Orbene, l'orientamento appena descritto a parer di chi scrive non merita di essere condiviso giacché è anacronistico e in pieno contrasto con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia.

Ed infatti, tralasciando la considerazione prettamente di ordine interno secondo cui in ipotesi di *vulnus* normativo l'art. 14 delle preleggi non vieta l'applicazione analogica della norma penale *in bonam partem*, giova ricordare

¹⁷⁵ Corte Costituzionale, ordinanza 24 aprile 2002, n. 140.

¹⁷⁶ P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, Riv. it. Dir. Pubbl. Comunit., fasc. 5, 2012, pag. 877 e ss: i sostenitori di tale filone interpretativo evidenziano, altresì, a maggior riprova della correttezza dello stesso, da un lato, che il favor libertatis, che nel diritto penale giustifica la retroattività in mitius, sarebbe estraneo alle sanzioni amministrative; e dall'altro, che in un sistema sanzionatorio come quello amministrativo caratterizzato da precetti contingenti è quantomai « sensato rafforzare l'efficacia generalpreventiva della comminatoria togliendo ab ovo al trasgressore ogni aspettativa di elusione della “pena” per una favorevole successione di leggi sanzionatorie. Così opinando, quindi, si finisce, in rigoroso ossequio al principio *tempus regit actum*, per ritenere irrilevanti le sopravvenute modifiche normative favorevoli al reo, e a stabilire, di conseguenza, che l'unica legge da prendere in considerazione è quella vigente al momento in cui la condotta illecita è stata posta in essere.

l'impatto che la giurisprudenza sovranazionale ha avuto sul sistema sanzionatorio delle autorità amministrative.

La Corte europea dei diritti dell'uomo con la decisione resa nel caso *Scoppola c. Italia* - mutando un pregresso orientamento - ha affermato che l'art. 7 della Convenzione non solo sancisce il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa, sicché se la legge in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato¹⁷⁷.

La Corte di Strasburgo ha evidenziato che il principio della retroattività della *lex mitior* si ricava implicitamente da una lettura del testo convenzionale in una dinamica evolutiva che consente di rendere la stessa coerente con i principi riconosciuti dalle altre carte dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale.

Invero, sul piano internazionale, il rispetto del principio dell'efficacia retroattiva della norma più favorevole al reo si ricava dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici alla cui stregua "*se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne*"; ed ancora, dall'art. 9 della Convenzione

¹⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, ricorso 10249-2003; § 107 e ss: Certo, l'articolo 7 della Convenzione non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di far beneficiare l'imputato di un cambiamento legislativo intervenuto dopo la perpetrazione del reato. È proprio sulla base di questo argomento, legato al testo della Convenzione, che la Commissione ha rigettato il motivo di ricorso del ricorrente nella causa *X c. Germania*. Tuttavia, tenuto conto degli sviluppi sopra menzionati, la Corte non può considerare questo argomento come determinante. Del resto, essa osserva che vietando di infliggere una «pena più severa di quella che era applicabile nel momento in cui è stato commesso il reato», il paragrafo 1 in fine dell'articolo 7 non esclude che l'imputato possa beneficiare di una pena meno grave, prevista dalla legislazione posteriore al reato. 108. Agli occhi della Corte, è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo.

americana sui diritti dell'uomo e dall'art. 24 dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

Siffatto orientamento trova conferma anche in sede comunitaria ove l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato “*principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*”, dispone l'applicazione della pena più lieve per l'autore del reato anche se introdotta in un momento successivo al *tempus commissi delicti*¹⁷⁸.

Il quadro normativo così ricostruito impone di riconoscere al principio della retroattività della legge penale in bonam partem anche la natura di principio convenzionale essendo la CEDU un corpo di norme che deve essere necessariamente interpretato alla luce delle garanzie riconosciute negli Stati democratici.

Tale impostazione ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo che con la decisione resa nel caso *Mihai Toma c. Romania*, ha riconosciuto l'inderogabilità del principio della retroattività *in mitius*, statuendo che *the Court makes reference to the well-established principles developed in its case-law in the context of Article 7 of the Convention; It reiterates that Article 7 of the Convention requires that an offence must be clearly defined in law, that the law must be predictable and foreseeable and both prohibit the retrospective application of the more stringent criminal law to the detriment of the accused and guarantee the retrospective application of the more lenient criminal law (Scoppola (no. 2), cited above, §§ 93 and 109)*¹⁷⁹.

¹⁷⁸ L'art. 49 della Carta di Nizza prevede espressamente che, se in data posteriore alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima; Cfr. TARTAGLIA, *Il falso in bilancio tra legittimità comunitaria e retroattività delle norme più favorevoli*, in Giur. it., 2007, pp. 4 ss.; V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in Riv. It. e Proc. Pen., 2008, pag. 1614 e ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, pp. 127 ss.; V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Torino, 2005, pp. 285 ss.

¹⁷⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Mihai Toma c. Romania*, 24 gennaio 2012, ricorso 1051/2006: l'art. 7 della Convenzione, da un lato, proibisce l'applicazione retroattiva della legge penale che vada a detrimento dell'accusato, dall'altro, «garantisce l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole»; la sentenza ha acquisito particolare rilevanza perché

Donde, da quanto detto sin ora si desume che le garanzie di matrice penalistica contenute nella Convenzione – di cui il *favor rei* ne costituisce sola una modalità di manifestazione - trovano applicazione anche con riguardo alle sanzioni amministrative, qualora, per funzione e severità, abbiano una natura sostanzialmente penale.

*

3.5 Segue: il principio di legalità e la quantificazione delle sanzioni amministrative

Le garanzie in termini di certezza e tassatività poste dal principio di legalità creano frizione con il margine di apprezzamento (*recte*: discrezionalità) riconosciuto alle Autorità di Vigilanza in ordine alla qualificazione e quantificazione della misura punitiva.

Ne consegue che il principio di tassatività espresso dall'art. 2 del codice penale e i principi di certezza del diritto e prevedibilità dell'azione amministrativa, impongono la delimitazione del potere discrezionale di cui godono le Autorità di Vigilanza e al contempo una previsione legislativa non solo delle fattispecie di illecito ma anche della tipologia delle sanzioni irrogabili (*exempli causa*: sanzione pecuniaria, sospensione dell'attività di impresa, offerta gratuita del servizio) nonché del minimo e del massimo dell'ammenda applicabile¹⁸⁰.

Un rigoroso rispetto del principio di legalità esige che le ipotesi di illecito e le relative sanzioni siano precisamente delineate, affinché i destinatari possano conoscere i diritti e gli obblighi che ne derivano, nonché al fine di poter essi agire in modo conseguente e adeguato, non consentendo quindi che tanto le fattispecie sanzionabili quanto le relative misure punitive siano connotate da

successiva un intervento della Corte Costituzionale 19 luglio 2011, n. 236, secondo cui la sentenza Scoppola, anche se in modo non equivoco, induce a ritenere che il principio della retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato dalla Corte europea all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni.

¹⁸⁰ Ed è altresì evidente che la parametrizzazione della sanzione richiede necessariamente una valutazione in ordine al comportamento illecito dell'impresa, con particolare attenzione alle relative «dimensioni» e all'impatto sul mercato, in modo da realizzare l'effetto utile della disciplina; donde è gioca forza che ai fini di una corretta quantificazione della sanzione deve tenersi in considerazione il fatturato realizzato dall'impresa, le sue dimensioni economiche, l'impatto negativo avuto sul mercato di riferimento, il pregiudizio arrecato ai consumatori o all'innovazione.

indeterminatezza e imprevedibilità.

Ne deriva inevitabilmente la necessità di una perimetrazione dell'attività discrezionale delle Autorità di Vigilanza, attenuando il grado di autoritatività delle misure punitive¹⁸¹.

Ciò può avvenire senz'altro attraverso un ampliamento delle garanzie procedurali onde realizzare un iter sanzionatorio "giusto".

Le *Authorities* devono assicurare il rispetto del diritto di difesa e garantire il contraddittorio, comunicando preventivamente agli interessati gli addebiti contestati onde consentirgli di manifestare il proprio punto di vista e articolare compiutamente le proprie difese¹⁸².

La garanzia del diritto di difesa assume maggior valenza se si considera che, non poche volte, ha una vera e propria funzione "compensativa" a fronte della genericità dell'individuazione normativa dei comportamenti sanzionabili e dei margini di apprezzamento nella quantificazione della sanzione.

La contestazione dell'addebito deve essere chiara, precisa e dettagliata mercé l'indicazione delle possibili qualificazioni della condotta sanzionabile e delle relative misure punitive applicabili al fine di assicurare all'interessato di potersi adeguatamente difendere, sia sul presupposto di fatto e di diritto da cui germina la sanzione sia sul *quantum* della sanzione stessa.

Consegue che sin dal suo *incipit* un procedimento sanzionatorio, perché possa essere definito giusto, deve mettere in condizione l'autore del presunto illecito di poter conoscere la gravità della condotta.

La genericità della previsione normativa e il *set* di garanzie procedurali si

¹⁸¹ AGCM, Comunicazione del 22 ottobre 2014, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*: «Nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, l'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità, nei limiti di quanto previsto dalle richiamate norme»; sul punto vedi anche P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.

¹⁸² Vedi P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 387.

pongono in un rapporto di proporzionalità inversa: tanto più il dettato normativo è indeterminato e indeterminabile e tanto più severa è la misura punitiva irrogabile, maggiormente dovrà essere garantito il diritto di difesa nelle varie fasi del procedimento sanzionatorio.

La Corte di Strasburgo ha precisato che per soddisfare i requisiti previsti dal principio “*nulla poena sine lege*”, corollario del più ampio principio di legalità, non è necessario che le ipotesi sanzionatorie siano precise sino al punto da delineare con assoluta certezza le possibili conseguenze di una loro infrazione.

Invero, il potere discrezionale conferito alle Autorità di Vigilanza non è *in re ipsa* ostativo ad una corretta applicazione del principio di certezza del diritto, purché *l'estensione e le modalità di esercizio del potere sono definite con sufficiente chiarezza e in modo da garantire il diritto di difesa dell'interessato contro l'arbitrio*.

La Corte EDU ha altresì rimarcato che i profili di indeterminabilità del dettato normativo possono essere integrati dagli interventi giurisprudenziali costanti e pubblicati.

Inoltre, autorevole dottrina¹⁸³ ha evidenziato che la misura sanzionatoria, in virtù della sua funzione punitiva e dissuasiva, deve necessariamente essere specificata alla luce dell'evento dannoso concretamente verificatosi, ovvero sia viene attribuito espresso rilievo formale ad aspetti “economici” dell'illecito che assurgono a parametri da utilizzare nella determinazione precisa, sia nella tipologia sia nel *quantum*, della sanzione da irrogare.

Tale impostazione sembra essere condivisa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, chiamata a valutare la quantificazione delle sanzioni antitrust comminate dalla Commissione, ha ribadito che l'Autorità, pur non disponendo di una discrezionalità illimitata nella fissazione delle misure punitive per violazione delle regole della concorrenza, può applicare una sanzione che si discosti *in malam partem* da quelle astrattamente prevedibili dal dettato normativo, onde garantire un'applicazione effettiva delle regole

¹⁸³ P. LAZZARA, *La funzione antitrust e potestà sanzionatorie. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, *Diritto Amministrativo*, fasc. 4/2015, pag. 767 e ss.

comunitarie.

Ciò risponde ad una duplice esigenza: la prima evitare che l'operatore economico possa compiere a priori un giudizio in termini di convenienza economica tra la commissione dell'illecito e l'applicazione della sanzione, ovvero sia valutare se il guadagno economico, al netto della sanzione irrogata, giustifichi la realizzazione dell'illecito; in secondo luogo, la sanzione può avere un'effettiva portata punitiva solo se parametrata al carattere professionale dell'autore dell'illecito e delle conseguenze economiche causate.

Donde, l'applicazione di una sanzione più severa che si discosti rispetto ai criteri di calcolo adoperati secondo prassi dall'Autorità Vigilanza è legittima se necessaria ad evitare che l'operatore possa calcolare con precisione l'entità delle ammende al netto dei vantaggi economici derivanti dall'infrazione; in altri termini, il carattere della prevedibilità della sanzione cede il passo all'effettività della tutela del mercato comune.

*

3.6 Segue: quantificazione delle sanzioni e discrezionalità delle Authorities

Da una disamina delle Linee guida e degli orientamenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e della Commissione europea emerge la prevalenza dei parametri economici – oggettivi sulla quantificazione delle sanzioni a dispetto dei profili soggettivi¹⁸⁴.

L'esercizio del potere sanzionatorio, in un certo senso, diviene espressione della politica della concorrenza, ovvero sia è attuazione di una funzione amministrativa o, addirittura, di una “politica repressiva” per garantire la tutela del mercato.

¹⁸⁴ Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, pubblicate a seguito di una delibera assunta in data 22 ottobre 2014; Vedi F. AMMASSARI, *Guidelines on the method of setting fines for infringements of competition rules: key issues*, in Riv. it. antitrust, 2014, 231 ss.; L. NASCIMBENE, A. BARDANZELLU, *Linee guida dell'agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*, C. LO SURDO, *Commento all'art. 15 Legge 287-1990*, in L. C. UBERTAZZI, a cura di, *Commentario breve al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, Padova 2015.

Solo in questi termini è legittimo l'esercizio di una potestà sanzionatoria che si discosti dalle linee guida espresse dall'Autorità di settore senza neanche *“preannunciare la possibilità di un cambiamento”*.

Parimenti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nelle linee guida del 22 ottobre 2014 prevede che *“le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione delle presenti Linee Guida, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione”*.

Ed è il caso di ricordare che le *Authorities* attraverso la pubblicazione di Linee Guida e Orientamenti perimetrano l'esercizio del potere sanzionatorio in conformità al principio di prevedibilità della misura punitiva.

Infatti, sempre in materia antitrust - ove è maggiormente percepibile l'incidenza sul mercato e sui consumatori delle condotte illecite - la Commissione europea nel 2006 ha adottato nuovi Orientamenti per il calcolo delle ammende¹⁸⁵ con l'obiettivo di assicurare la trasparenza e il carattere obiettivo delle proprie decisioni *che abbiano* un effetto sufficientemente dissuasivo, allo scopo non solo di sanzionare le imprese in causa (effetto dissuasivo specifico), ma anche di dissuadere altre imprese dall'assumere o dal continuare comportamenti contrari agli articoli 81 e 82 del trattato (effetto dissuasivo generale).

Le nuove Linee guida incidono soprattutto sul margine di valutazione riconosciuto all'Autorità, ampliando il potere discrezionale della stessa onde garantire l'effettività della sanzione sia in termini di prevenzione speciale che prevenzione generale.

Gli orientamenti del 1° settembre 2006 prevedono espressamente che la misura della sanzione può essere aumentata in considerazione della *combinazione della durata e del valore delle vendite a cui l'infrazione si riferisce*, considerato che tali parametri costituiscono indici adeguati *per esprimere*

¹⁸⁵ Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, Gazzetta ufficiale C 210 dell'1.9.2006; gli “Orientamenti” del 2006 hanno sostituito quelli del 14 gennaio 1998 per il calcolo delle ammende per le violazioni degli articoli 81 e 82 del trattato CE.

l'importanza economica dell'infrazione nonché il peso relativo di ciascuna impresa che vi ha partecipato.

Al contempo si vuole evitare che gli operatori di mercato possano quantificare esattamente la sanzione irrogabile; all'uopo l'art. 6 delle Linee Guida 2006 prevede testualmente che *il riferimento a tali fattori fornisce una buona indicazione dell'ordine di grandezza dell'ammenda, ma non va inteso come la base di un metodo di calcolo automatico e aritmetico*, ed ancora, l'art. 27 dispone che *nella determinazione dell'ammenda la Commissione può prendere in considerazione circostanze che comportano un incremento o una riduzione dell'importo di base calcolato secondo le indicazioni della sezione 1. In questo caso essa si baserà su una valutazione globale che tenga conto di tutte le circostanze rilevanti*¹⁸⁶.

L'ampliamento del potere discrezionale della Commissione e delle Autorità nazionali può sembrare – a prima vista – in contrasto con il principio di legalità che esige al contrario la certezza della sanzione e dei criteri per la quantificazione della stessa.

Un siffatto *modus operandi*, a parere di chi scrive, se può essere comprensibile adottando una chiave di lettura strettamente economica non è pienamente legittimo sul piano giuridico ove l'operatore economico è esposto all'irrogazione di una sanzione per cui le Linee guida neppure fissano un minimo edittale, lasciando alla piena discrezionalità dell'Autorità anche l'applicazione di una misura simbolica¹⁸⁷.

*

3.7 Segue: necessità, effettività e proporzionalità della sanzione amministrativa

Fermo il principio di legalità, vi sono principi generali di matrice comunitaria che si riflettono sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità Amministrative Indipendenti; il riferimento corre al Regolamento del Consiglio,

¹⁸⁶ La Corte di Giustizia condivide l'impostazione secondo cui le imprese non possono fare affidamento sul fatto che la Commissione non applicherà delle sanzioni più severe di quelle adottate nella prassi, giusta la diversità dei fattori che vengono in rilievo.

¹⁸⁷ Il massimo edittale è determinato dagli artt. 32 e 33 delle Osservazioni dell'8 dicembre 2006.

18 dicembre 1995, n. 2988, relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea, che individua ulteriori profili delle sanzioni amministrative nella necessità, effettività, proporzionalità e dissuasività¹⁸⁸.

L'esercizio del potere sanzionatorio deve presentarsi come necessario e indispensabile; la *ratio* sottesa alla necessità della sanzione amministrativa va individuata nella salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui, assicurando che non si incida su di essi mercé un potere arbitrario e ingiustificato dell'autorità amministrativa.

Aliis verbis, l'applicazione di un provvedimento sanzionatorio deve apparire non sostituibile con altra misura altrettanto incisiva per il perseguimento dello scopo prefissato.

La sanzione oltre che necessaria deve essere effettiva, ovverosia capace di realizzare in modo incisivo e concreto lo scopo per il quale la stessa è stata prevista, a seconda della tipologia di sanzione indicata nel caso specifico: ripristinatoria o afflittiva e, in quest'ultimo caso, pecuniaria e interdittiva.

Infine, la sanzione irrogata dall'autorità deve essere proporzionale.

L'entità della sanzione amministrativa va parametrata con il sacrificio subito dal soggetto destinatario del provvedimento sanzionatorio: la misura punitiva deve incidere negativamente sulla sfera giuridica dell'autore della condotta antiggiuridica nei limiti di quanto necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito; ed è evidente che la proporzionalità della sanzione va letta alla luce dello scopo preventivo generale e speciale che si intende perseguire con l'irrogazione della stessa.

L'entità della sanzione deve essere in grado di dissuadere l'autore dell'illecito da ulteriori condotte trasgressive del dettato normativo.

Il principio di proporzionalità, applicato nei termini appena visti, opera nella stessa direzione del principio di legalità sostanziale: entrambi i principi

¹⁸⁸ R. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti* (a cura di ALLENA - CIMINI), Paper No. 2013-15, Università Commerciale L. BOCCONI.

richiedono che il potere amministrativo trovi nella legge non soltanto il proprio fondamento, ma anche sufficienti indicazioni di carattere sostanziale, sia sul lato delle circostanze di fatto che autorizzano l'esercizio del potere, sia sul lato dei contenuti dei provvedimenti che possono o debbono essere assunti al realizzarsi dei presupposti stabiliti dalla legge.

Orbene, alla luce dei principi sopra richiamati, l'iter logico da seguire per l'irrogazione della sanzione deve articolarsi in tre stadi successivi che corrispondono, rispettivamente, alla verifica che *la misura sotto esame sia "necessaria" nel senso di non sostituibile con altra misura, non meno efficace allo scopo e meno incisiva per gli interessi contrapposti, sia utile allo scopo e proporzionata "in senso stretto", in quanto non impone all'autore dell'illecito un sacrificio eccessivo e non giustificabile; in quest'ultima fase si opera un "bilanciamento" degli interessi che entrano in conflitto nel caso di specie*¹⁸⁹.

Donde, è necessario operare un bilanciamento tra l'interesse perseguito con l'applicazione della misura sanzionatoria e la compressione della sfera soggettiva e personale dell'autore dell'illecito, onde scongiurare un eccessivo e ingiustificato sacrificio dei diritti fondamentali, anche di natura economica, mercé l'applicazione di sanzioni irragionevoli e sproporzionate.

Pervenire a conclusioni differenti significherebbe consentire l'applicazione di misure punitive irragionevoli e distanti rispetto alla gravità del fatto commesso e al danno arrecato dalla condotta antigiusuridica¹⁹⁰.

*

4. Il principio di colpevolezza

La struttura dell'illecito amministrativo è speculare alla costruzione dell'illecito di natura penale: il fatto tipico perché sia concretamente punibile deve essere non solo antigiusuridico ma deve essere integrato necessariamente dall'elemento soggettivo.

¹⁸⁹ Così F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, Diritto Processuale Amministrativo, fasc. 2, 2016, pag. 361.

¹⁹⁰ M. COLAPINTO, *I criteri di determinazione delle sanzioni*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. ALLENA e CIMINI, 2013;

La colpevolezza quindi assurge a terzo elemento costitutivo fondamentale del reato ovvero, secondo la teoria bipartita della struttura dell'illecito, rappresenta l'elemento soggettivo.

Orbene, in sede penale, il ruolo centrale del principio di colpevolezza è confermato dall'art. 27, comma 1, della Costituzione, secondo cui la personalità della responsabilità penale va intesa sia come assenza di responsabilità per fatto altrui sia come responsabilità personale colpevole.

In materia di sanzioni amministrative pecuniarie, l'elemento soggettivo dell'illecito è disciplinato dall'art. 3 della Legge n. 689 del 1981, alla cui stregua *“nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa”*.

L'uso del concetto di consapevolezza esprime l'idea che la responsabilità – senza distinzione tra sfera civile, penale e amministrativa – richiede come presupposto indefettibile una partecipazione psicologica nella realizzazione di una condotta tipica e antigiuridica¹⁹¹.

In tal senso, la consapevolezza ricomprende i due fondamentali criteri di imputazione soggettiva ovvero sia il dolo e la colpa, richiamati altresì dall'art. 3 della legge n. 689/1981: essi consistono, come è noto, il primo nella circostanza per cui il soggetto ha preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione la condotta sanzionabile; la seconda, nell'aver agito con negligenza, imprudenza o imperizia (colpa generica), ovvero nell'aver violato leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica).

Ferma questa breve introduzione sul concetto di colpevolezza e sul ruolo della stessa nell'architettura dell'illecito, giova soffermarsi sulla funzione dell'elemento soggettivo in materia di illeciti amministrativi sanzionabili dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

¹⁹¹ FIANDACA – MUSCO: *Diritto Penale parte generale*, Zanichelli, 2014: la nozione psicologica della colpevolezza è fiancheggiata da una concezione normativa della stessa che si presta a fungere da criterio per la parametrizzazione e commisurazione della pena da irrogare. La concezione normativa della colpevolezza consiste in una valutazione in termini di rimproverabilità dell'atteggiamento psicologico tenuto dall'autore.

Un primo profilo attiene alla responsabilità delle persone giuridiche considerato che gli operatori di mercato agiscono per lo più in forma societaria.

Invero, la necessità di predisporre un sistema di responsabilità che colpisse direttamente le persone giuridiche, secondo una concezione - cara agli ordinamenti di *common law* - di *corporate crime*, si è avvertita con pressione sempre maggiore; ciò ancor di più se si considera che gli illeciti di natura economica (alterazione del mercato concorrenziale, del mercato finanziario e bancario) vengono perpetrati da soggetti in forma societaria.

A ciò si aggiunge che in organizzazioni complesse come le attività d'impresa, non sempre è agevole individuare la persona fisica cui è imputabile concretamente la commissione dell'illecito.

Donde, è gioco forza interrogarsi su come sia possibile ascrivere una condotta connotata in termini di coscienza e volontà, dolosa o colposa, a soggetti di diritto che non siano persone fisiche.

Non potendoci soffermare in questa sede sulla responsabilità penale degli enti giuridici¹⁹², è sufficiente constatare che per gli illeciti amministrativi¹⁹³ l'art. 6

¹⁹² Sul tema vedi CADOPPI - GARUTI - VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Utet, 2010, p. 90 ss.; LEVIS - PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, 2014, p. 113 ss.; PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, in *penalecontemporaneo.it*; SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi del d.lgs. n. 231/2001*, in CANZIO - CERQUA - LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014, p. 884 ss, DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 94 ss.; GAMBARDELLA, *L'efficacia nel tempo della disciplina in materia di responsabilità dell'ente da reato*, in FIORELLA - BORGOGNO - VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, JOVENE, 2015, p. 105-106.

¹⁹³ È interessante evidenziare che il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di responsabilità penale degli enti, la forma di responsabilità dei soggetti collettivi è espressamente definita amministrativa; sul punto D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, Riv. it. dir. e proc. pen. 2002, 02, 415, ha rimarcato che l'opzione per la formula della "responsabilità amministrativa" - che occorre prendere sul serio, in quanto espressione della volontà del legislatore - aprirebbe teoricamente la strada a un'integrazione nel sistema dell'illecito amministrativo, già ben noto all'ordinamento italiano. In concreto, però, la formula adoperata dal legislatore italiano si riduce a un'etichetta carica di significati simbolici, del tutto neutra rispetto alla disciplina degli istituti. Il problema, cui si è ritenuto di rispondere istituendo

della Legge n. 689/1981 prevede che *“se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell’esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l’ente o l’imprenditore è obbligata in solido con l’autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta”*.

Peraltro, nella prassi, è raro che sia eseguita una distinzione tra chi ha agito in nome e per conto della società e la società medesima; l’elemento della colpevolezza è incentrato prevalentemente sulla condotta dell’impresa complessivamente considerata, non su quella di chi ha agito nel suo interesse.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa¹⁹⁴ ha ribadito che *“nella materia delle sanzioni amministrative, deve ritenersi che la previsione in ordine alla responsabilità solidale della persona giuridica, nel caso di violazione commessa da loro rappresentanti o dipendenti (art. 6, comma 3, Legge n. 689 del 1981), includa non soltanto i soggetti legati alla persona giuridica o all’ente da un formale rapporto organico ovvero da un rapporto di lavoro subordinato, ma anche tutti i casi in cui i rapporti siano caratterizzati in termini di affidamento o di avvalimento (inteso come attività di cui il committente si giova), a condizione che l’attività dal cui esercizio sia scaturita la condotta sanzionabile sia comprovatamente riconducibile all’iniziativa del beneficiario nella sua veste di committente (arg. ex Cass., sez. II, 21 dicembre 2009, n. 26927)”*.

Considerata la funzione unitaria delle misure punitive penali e amministrative e l’estensione delle garanzie dell’equo processo ai procedimenti sanzionatori,

la nuova forma di responsabilità degli enti, sorge dentro il terreno penalistico: la questione concerne una responsabilità direttamente raccordata al presupposto penalistico della commissione di reati. Gli strumenti sanzionatori previsti per gli enti consistono in sanzioni severe (ancorché sotto tanti aspetti inadeguate) già utilizzate sia nel diritto penale classico, sia nella disciplina dell’illecito amministrativo. Per il loro contenuto, tali istituti pongono problemi "di garanzia", che il legislatore italiano ha ritenuto di dover risolvere apprestando il livello di garanzie più elevato, proprio del diritto penale: principio di legalità e applicazione della legge più favorevole, con riferimento a tutti i presupposti della responsabilità (artt. 2 e 3); e ancoraggio della responsabilità a criteri d'imputazione soggettivamente pregnanti. In coerenza con la collocazione in ambito penalistico, la normativa italiana, pur parlando di responsabilità amministrativa, ha stabilito la competenza del giudice penale, e assicurato garanzie difensive corrispondenti a quelle previste per l'imputato.

¹⁹⁴ Consiglio di Stato, Sezione VI, 21 gennaio 2013, n. 306.

non può sottacersi che in ambito penale vi è una *querelle* non sopita circa l'interpretazione dell'art. 8, D.Lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche, alla cui stregua la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

Il dibattito giurisprudenziale interessa in questa sede per comprendere se il regime di corresponsabilizzazione dell'ente per gli illeciti commessi dai propri membri integri una soglia minima di accessorialità ovvero una soglia di estrema accessorialità; il dato dirimente va individuato nella circostanza che, per chiamare a rispondere il soggetto collettivo, si richiede, nel primo caso, la sussistenza di un fatto tipico riferibile alla persona fisica; mentre, nel secondo, non solo la tipicità del fatto medesimo, ma anche la sua antigiuridicità e colpevolezza.

Rebus sic stantibus, deve propendersi senza dubbio per un modello di accessorialità estrema sicché nei rapporti tra ente e autore materiale dell'illecito è opportuno parlare di convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato “fatto” di entrambi, per entrambe antigiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale¹⁹⁵.

Accogliere una tesi di segno contrario significherebbe ammettere l'ingresso dell'imputabilità dell'illecito amministrativo a titolo di responsabilità oggettiva.

Ciò premesso, per quel che concerne l'accertamento in sede giurisdizionale della colpa o del dolo, la giurisprudenza è ferma nell'affermare che la Legge n.

¹⁹⁵ F. MAZZACUVA, *La revisione della sentenza di patteggiamento emessa nei confronti dell'ente a seguito dell'assoluzione dell'imputato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2015, pag. 992: In ambito penale la tesi del modello ad accessorialità minima si fonda sul dato letterale della legge: l'art. 8, d.lgs. n. 231/2001, nello stabilire che l'ente risponde anche quando — tra l'altro — l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, sembra ammettere la possibilità di muovere un rimprovero all'ente anche a prescindere dall'accertamento della colpevolezza in capo all'autore del reato: infatti, detto accertamento, in un caso, non potrà aver luogo data la mancata individuazione del soggetto responsabile e, nell'altro, si arresterà nel momento in cui si appuri il difetto di un presupposto della colpevolezza, ossia l'imputabilità.

689 del 1981, attribuendo rilievo alla coscienza e volontà dell'azione o dell'omissione, sia essa dolosa o colposa, ed escludendo l'imputabilità dell'illecito amministrativo a titolo di responsabilità oggettiva, postula una presunzione di colpa.

Il dettato normativo, quindi, pone una presunzione *juris tantum* in ordine alla sussistenza della colpevolezza una volta che sia stata realizzata la condotta materiale tipica e anti-giuridica; il che determina un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'autore dell'illecito che sarà chiamato a dimostrare l'assenza dell'elemento soggettivo¹⁹⁶.

In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato che in tema di sanzioni amministrative è necessaria - e al tempo stesso sufficiente - la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa¹⁹⁷, ovvero la sola consapevolezza della offensività della condotta, non già della sua anti-giuridicità¹⁹⁸.

Orbene, se si considera che il grado di determinatezza delle ipotesi di illecito sanzionabili dalle Autorità Amministrative Indipendenti - in particolare gli illeciti *antitrust* ove nei casi di intesa restrittiva della concorrenza, abuso di

¹⁹⁶ T.A.R. Lazio, Sezione II, 8 gennaio 2015, 151: *La questione coinvolge, all'evidenza, la problematica inerente l'elemento soggettivo posto a fondamento dell'imputabilità dell'illecito amministrativo, con riferimento alla quale viene in rilievo l'art. 3 della legge n. 689 del 1981, ai sensi del quale "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa". Nella parte in cui tale norma attribuisce rilievo alla coscienza e volontà della azione o omissione, sia essa dolosa o colposa, nell'escludere l'imputabilità dell'illecito amministrativo a titolo di responsabilità oggettiva, postula una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, la colpa dovendosi ritenersi positivamente dimostrata se la condotta rilevante ai fini della sanzione integra violazione di precise disposizioni normative. Il richiedere per la responsabilità nell'illecito amministrativo che la condotta attiva od omissiva rivesta i caratteri della coscienza e volontarietà, e sia perlomeno colposa, pone quindi una presunzione "iuris tantum" di colpa in chi ponga in essere o manchi di impedire un fatto vietato, dal che consegue che è legittima l'irrogazione della sanzione in assenza di prove atte a superare detta presunzione mediante la dimostrazione della propria estraneità al fatto o dell'impossibilità di evitarlo.*

¹⁹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2011: *una volta integrata e provata dall'Autorità la fattispecie tipica dell'illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo (arg. ex art. 3 l. 24 novembre 1981, n. 689), l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza.*

¹⁹⁸ S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, capitolo V, § 6, 328 ss.; M. FRATINI, *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011; R. GIOVAGNOLI - M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, 67 ss. e 1193 ss.

posizione dominante, pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta, la condotta antigiuridica può assumere le forme più disparate - appare affievolito, l'imprescindibilità dell'elemento soggettivo consente di recuperare in termini di garanzia ciò che si perde sul piano della indeterminatezza della fattispecie.

Questo però non sembra avvenire se non in casi eccezionali, dove effettivamente l'impresa sottoposta a sanzione è riuscita a dimostrare la propria incolpevolezza e ad evitare, così, di essere sanzionata.

*

5. *Quadro normativo dei procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti.*

I procedimenti sanzionatori delle A.A.I. non sono riconducibili ad un unico modello, differenziandosi tra loro per evidenti diversità strutturali da ricondursi alla mancanza di specifiche previsioni in sede Costituzionale e alle diversità di funzioni svolte dalle singole *Authorities* e degli interessi tutelati.

Consegue che non è possibile individuare un unico riferimento normativo per la disciplina dei poteri sanzionatori delle Autorità di Vigilanza che, per contro, va individuato nella normativa primaria istitutiva di ogni singola *Authority* e nei relativi regolamenti di attuazione per la definizione di specifiche regole procedurali.

La normativa speciale di settore chiaramente si innesta in un quadro giuridico ove è già presente la disciplina generale prevista dalla Legge n. 689 del 1981 in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, che risulta applicabile ai procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative indipendenti onde garantire un livello comune minimo di tutela da assicurare in sede procedimentale.

La disciplina generale e organica consente di ricondurre a unità i diversi procedimenti sanzionatori delle Autorità di Vigilanza attraverso la fissazione di principi comuni applicabili a tutti i procedimenti sanzionatori condotti da un'Autorità amministrativa per l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Orbene, giova rilevare che la Legge n. 689/1981 lumeggia come la funzione sanzionatoria sia stata affidata all'Autorità amministrativa per la tutela di interessi in un determinato settore, sicché la misura punitiva di natura pecuniaria diviene lo strumento per la cura dell'interesse pubblico.

Tuttavia, se è vero che il legislatore con la previsione di una disciplina *ad hoc* per le sanzioni irrogate dalla pubblica amministrazione voleva accentuare l'autonomia delle stesse rispetto alle misure punitive penali in senso stretto, è altrettanto vero che il sistema delineato dalla Legge n. 689/1981 ha riflesso le principali garanzie di stampo penalistico.

Come già ampiamente descritto, tale impostazione è stata confermata dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha parificato le sanzioni penali con le sanzioni amministrative aventi una finalità deterrente e punitiva.

Donde, seppure con le opportune cautele, dovute all'intrinseca diversità ontologica tra i due sistemi, amministrativistico e penalistico, e alla differente finalità che mirano a realizzare, oltre che i distinti interessi che devono tutelare, l'Autorità Amministrativa Indipendente dovrà assicurare le garanzie dell'equo processo previste dalla normativa CEDU.

Da un'analisi dei procedimenti sanzionatori delle Autorità di vigilanza è emerso che la disciplina di settore non sempre offre garanzie partecipative maggiori rispetto a quelle previste dalla Legge n. 689/1981, presentando profili di criticità e debolezza.

Ed infatti, nelle singole Autorità sembra essere prevalsa l'idea che assicurare già in sede procedimentale un *set* di garanzie conforme a quello previsto dall'art. 6 CEDU avrebbe compromesso l'effettività, l'efficienza e la celerità della potestà sanzionatoria, diminuendo così la sua stessa incisività.

Tale tendenza non ha superato lo scrutinio della Corte di Strasburgo che ha richiamato ad unitarietà il sistema di tutele previste sia per le sanzioni amministrative sia per le sanzioni penali, imponendo alle singole Autorità di intervenire in sede regolamentare per l'integrazione - in termini di garanzie difensive - dei procedimenti sanzionatori.

Ciò premesso, è possibile procedere ad una ricostruzione del regime giuridico dei procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti.

Il sistema normativo di riferimento per i procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti prevede un'interazione tra quattro *corpora* normativi che possono essere così individuati: a) la legge n. 241 del 1990, disciplina generale relativa a tutti i procedimenti amministrativi e quindi estendibile ai procedimenti sanzionatori; b) la Legge n. 689 del 1981, disciplina generale relativa ai procedimenti amministrativi sanzionatori; c) le leggi speciali istitutive delle Autorità Amministrative Indipendenti lì dove disciplinano le modalità di estrinsecazione della potestà sanzionatoria; d) i regolamenti speciali adottati dalle singole Authority nell'esercizio del potere di *law making* aventi ad oggetto la disciplina di dettaglio dei diversi procedimenti sanzionatori.

Orbene, è determinante ricostruire correttamente i rapporti – di prevalenza, in caso di contrasto, e di integrazione, in caso di lacune – tra i quattro regimi giuridici sopra richiamati¹⁹⁹.

La giurisprudenza maggioritaria ha osservato che la disciplina dei procedimenti sanzionatori della Autorità Indipendenti andrebbe individuata principalmente nell'assetto normativo di fonte regolamentare che rinviene la sua copertura nella specialità delle leggi istitutive di ciascuna Autorità che, a loro volta, rinviando all'esercizio del potere regolamentare per la delineazione della dinamica procedimentale.

Ed infatti, in ordine ai provvedimenti sanzionatori adottati dall'A.G.C.M. per pratiche commerciali scorrette, la giurisprudenza amministrativa ha ben delineato il rapporto tra la normativa di carattere generale e quella speciale prevista dal Codice del Consumo, che a sua volta richiama la Legge 287 del 1990, e il regolamento adottato dall'Autorità di Vigilanza, sottolineando che *la disciplina normativa di riferimento, alla cui luce condurre il vaglio di legittimità della gravata determinazione, va individuata nel D.Lgs. n. 206 del 2005 –*

¹⁹⁹ M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di ALLENA – CIMINI, 2013.

recante il Codice del Consumo – e nel Regolamento sulle procedure istruttorie, adottato con delibera dell’Autorità del 15 novembre 2007 n. 17589, non potendo trovare applicazione, quanto ad adempimenti procedimentali, la legge n. 241 del 1990 richiamata dalle società ricorrenti, la cui operatività, in quanto legge di carattere generale, trova il proprio limite nell’intervenuta compiuta normazione della materia con disciplina specifica avente carattere speciale²⁰⁰.

Donde, condividendo questa impostazione, le disposizioni della Legge n. 241 del 1990 potrebbero trovare applicazione solo in via residuale nel caso in cui la disciplina speciale presenti dei vuoti normativi.

Parimenti, la Legge n. 689 del 1981 si porrebbe in un rapporto di generalità – specialità rispetto all’assetto procedimentale disciplinato in sede regolamentare da ciascuna Autorità.

Invero, è la stessa legge recante la disciplina generale per le sanzioni amministrative che delimita il proprio ambito di applicazione prevedendo all’art. 12 che la normativa generale cede il passo quando il quadro normativo delineato dalla disciplina sanzionatoria di riferimento non sia compatibile con

²⁰⁰T.A.R. Lazio, 21 febbraio 2011, n. 1585; nel caso d’ispecie i giudici amministrativi rilevano che *la disciplina dettata in materia di pratiche commerciali scorrette, non prevede quindi, alcuna comunicazione dei motivi che condurranno all’adozione di provvedimenti sfavorevoli alla parte e, richiamata la non applicabilità ai relativi procedimenti di accertamento delle norme dettate dalla legge n. 241 del 1990, ostandovi il carattere speciale della disciplina dettata per tale ambito di materia, va altresì rilevato che l’art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, di cui parte ricorrente denuncia l’intervenuta violazione ... la natura sanzionatoria del procedimento lo riconduce nell’ambito del quadro dei principi di carattere generale che, per tali procedimenti, si ispira alla necessità della piena garanzia del contraddittorio e del rispetto delle prerogative difensive delle parti, cui non è – all’evidenza – immanente l’obbligo di previa comunicazione degli elementi che, in esito alla compiuta istruttoria, condurranno all’adozione di un provvedimento di accertamento dell’infrazione. le esigenze della piena garanzia del contraddittorio e del rispetto delle prerogative difensive delle parti, nei procedimenti che qui occupano, risultano pienamente garantiti alla luce delle specifiche previsioni che ne disciplinano la scansione anche nella parte in cui, contrariamente a quanto avviene per i procedimenti in materia di antitrust, non prevedono la comunicazione delle risultanze istruttorie, e ciò nella considerazione che le norme del regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette assicurano comunque, pur non prevedendo gli artt. 6 e 16, a differenza che nel regolamento sulle procedure in materia di tutela della concorrenza, la contestazione delle risultanze istruttorie, una piena garanzia del contraddittorio, riconoscendo alle parti un’ampia facoltà di presentare scritti difensivi e documentazione a supporto delle argomentazioni proposte, sicché il procedimento è del tutto conforme ai principi sottesi alla legge n. 241 del 1990 e rispondente all’architettura giuridica dei procedimenti sanzionatori.*

quello prefigurato dalla L. n. 689 del 1981²⁰¹.

Inoltre, autorevole dottrina ha rimarcato che se da una parte la Legge 241 del 1990 è estendibile ai procedimenti condotti dalle Autorità Amministrative Indipendenti, dall'altra, le *Authorities* sono dotate di autonomia regolamentare che consente loro di sviluppare modelli procedimentali e originali connotati da regole specifiche che si discostano dalla normativa generale.

Pertanto, è evidente che si configura un rapporto di specialità tra la disciplina generale, rappresentata dalla Legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e la Legge 986 del 1981 in materia di sanzioni amministrative, e la fonte normativa di rango primario istitutiva delle singole Autorità da cui germina il relativo potere sanzionatorio, sicché quest'ultima in quanto *lex specialis* è destinata a prevalere sulla *lex generalis*.

È opportuno sottolineare che da tale impostazione - in caso di contrasto tra le su evidenziate normative - deriva un rapporto di specialità a catena.

Ebbene, la legge n. 689 del 1981 prevale sulla normativa generale sul procedimento amministrativo²⁰²; a loro volta, le leggi istitutive delle singole Autorità di Vigilanza, prevalgono sulla legge riguardante i procedimenti amministrativi in genere e sulla legge in materia di irrogazione di sanzioni amministrative, giacché le prime presentano un carattere accentuato di specialità sia in ordine al profilo oggettivo (procedimenti sanzionatori) sia al profilo soggettivo (Autorità Amministrative Indipendenti).

²⁰¹ PELLIZZER F. – BURANELLO E., in AA. VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012; D. LETTERIO; Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale, in ...

²⁰² Consiglio di Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542, Foro Amministrativo - C.d.S. 2/2013, 1, 240: *Per il principio di specialità, che prevale sul principio ordinario di successione cronologica delle norme, le disposizioni posteriori non comportano l'abrogazione delle precedenti, ove queste ultime disciplinano diversamente la stessa materia in un campo particolare. E appunto in questo rapporto si pongono la l. 7 agosto 1990 n. 241, e la l. 24 novembre 1981 n. 689, riguardanti l'una i procedimenti amministrativi in genere, l'altra in specie quelli finalizzati all'irrogazione delle sanzioni amministrative, caratterizzati da questa loro funzione del tutto peculiare, che richiede e giustifica una distinta disciplina in relazione al carattere perentorio del termine fissato all'Autorità per provvedere alla irrogazione della sanzione. La l. n. 689 del 1981 (salvo che la legge disponga diversamente, con specifiche norme in tema di illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie) funge da paradigma normativo generale per tutti i tipi di procedimenti sanzionatori.*

5.1 Segue: disciplina generale ex Legge 689 del 1981 e potere sanzionatorio delle Autorità di Vigilanza

Il rapporto tra i procedimenti sanzionatori delle Autorità di Vigilanza e il procedimento disciplinato dalla Legge n. 689 del 1981 presenta una struttura composita, ovverosia la *lex specialis* in alcuni casi integra la *lex generalis* arricchendone il contenuto, in altri deroga la disciplina generale, in altri ancora presenta dei profili di incompatibilità con la stessa.

Orbene, uno dei principali ambiti in cui la disciplina di settore si pone nel solco tracciato dalla normativa generale, sviluppandone e specificandone il contenuto, è rappresentato dai criteri per la quantificazione delle sanzioni.

Invero, se da una parte l'art. 11 della Legge 689 del 1981 prevede che nella determinazione della sanzione amministrativa si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche, dall'altra, l'art. 15 della Legge n. 287 dello 1990 fissa i parametri generali per la quantificazione della misura punitiva in materia di illeciti concorrenziali implementando i criteri su evidenziati ossia la gravità, la durata dell'infrazione e la qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza.

Parimenti, le disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa adottate dalla Banca d'Italia - per l'accertamento delle infrazioni nell'esercizio dei propri compiti in materia di vigilanza sulla sana e prudente gestione dell'attività bancaria e finanziaria - prevedono espressamente al paragrafo 1.6 che *l'importo della sanzione, sia stabilito entro i limiti previsti dalla legge, viene fissato avendo riguardo ai criteri definiti dalla l. 689/1981. A questi fini, anche in relazione alla tipologia della violazione, la gravità della violazione viene valutata tenendo conto, tra l'altro, dei seguenti elementi.*

Donde, è evidente che in tali casi la disciplina speciale si innesta sull'impianto normativo architettato dalla normativa generale specificandone il contenuto in

virtù delle specifiche funzioni di vigilanza svolte dalle *Authorities*, tenendo in considerazione le qualifiche soggettive degli operatori di mercato che richiedono “un adattamento” degli indici fissati in via generale per la parametrizzazione delle sanzioni.

Per contro, vi sono dei casi in cui la normativa di settore si pone in contrasto con la disciplina generale dettata dalla Legge n. 689 del 1981 derogandone apertamente il contenuto.

In siffatte ipotesi trova applicazione la “clausola di salvezza²⁰³” delle discipline speciali prevista dall’art. 12 della normativa in genere sulle sanzioni amministrative che definisce l’ambito di operatività della *lex generalis*, prevedendo che la stessa non trova applicazione laddove sia diversamente stabilito dalla disciplina di settore.

In via esemplificativa, il riferimento corre nuovamente ai criteri di quantificazione delle misure punitive ove la normativa speciale fissa limiti edittali di commisurazione della sanzione superiori a quelli previsti dalla Legge n. 689 del 1981.

La *ratio* di tale previsione va individuata nella volontà del Legislatore di attribuire alle Autorità di Vigilanza un elevato grado di elasticità nella parametrizzazione della sanzione onde poterla calibrare in modo aderente alla violazione che concretamente è stata commessa.

Ciò ha anche il fine di prevenire un’eventuale valutazione in termini di costi - benefici da parte del soggetto interessato che, mercé la commisurazione *ex ante* della sanzione, potrebbe ritenere opportuno affrontare il “peso” della misura sanzionatoria a fronte dei vantaggi economici che potrebbe conseguire con la commissione dell’infrazione.

Talché, il Legislatore ha potenzialmente scongiurato il *periculum* che il trasgressore possa eludere la funzione afflittiva della sanzione e, ancor prima, quella di deterrenza, individuando nell’efficienza della misura punitiva il principio generale cui fare riferimento per la quantificazione della stessa.

²⁰³ L’espressione è ripresa da L. DONATO, *cit.*

6. Il potere sanzionatorio come regolazione ex post

Delineato il quadro normativo di riferimento è opportuno soffermarsi sulla circostanza che i poteri sanzionatori delle Autorità di Vigilanza sono strumentali all'esercizio dei poteri di regolazione assegnati alle *Authorities*.

I poteri di *law making* che l'ordinamento riconosce alle Autorità Amministrative Indipendenti non si esauriscono nell'azione di indirizzo in sede generale, mercé l'adozione di atti amministrativi generali o di atti di natura regolamentare, ma si arricchiscono con l'esperienza della reazione degli operatori del settore di riferimento alla disciplina dettata dall'Autorità di vigilanza²⁰⁴.

Invero, l'esercizio del potere sanzionatorio si presenta come l'ultimo (ed eventuale) *step* di un sistema a struttura complessa ed incide con efficacia *ex post* sull'azione di regolazione generale, innovandola con continuità sulla scorta della reazione particolare degli operatori di settore alla disciplina dettata dall'*Authority*.

Consegue che se, per un verso, il potere di regolazione dell'Autorità di Vigilanza si esplica nella disciplina *ex ante* del settore di riferimento enucleando la regola generale dall'osservazione delle dinamiche di mercato, per altro verso, l'Autorità Indipendente protrae la funzione di regolazione mercé l'osservazione del settore regolato controllando l'*an* e il *quomodo* di un'eventuale infrazione²⁰⁵.

²⁰⁴ M. MONTEDURO, *cit.*

²⁰⁵ Sul potere di regolazione delle A.A.I. vi sono vastissimi interventi dottrinali; ad esempio vedi CERULLI V., *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti- A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, pp. 91-98, FOGLIA M., *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, 2008, in *Quad. Cost.* 2, pp. 559 ss., PUCCINI G., *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. Caretti- M.C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna 2010, pp. 420-421., RUGGERI A., *"Fluidità" dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi d'inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione)*, 2000, in *Dir. pubbl.*, 2, p. 370, LAZZARA L., *La potestà regolamentare della Commissione nazionale per le società e la borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.* 2000, p. 715, MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 101.

Di poi, la conoscenza scaturita dal momento patologico, ovvero sia dalla condotta illecita dell'operatore del settore vigilato, rinnova e orienta la fase fisiologica regolando in maniera più precisa e affinata le condotte che avevano già trovato disciplina *ex ante* in via generale.

Le conseguenze sul piano sistematico sono duplici incidendo sia sulla funzione stessa delle potestà sanzionatorie delle Autorità di Vigilanza sia sul rapporto tra le fonti primarie in materia di sanzioni irrogate dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

Occorre rilevare che secondo siffatta impostazione l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle Autorità Amministrative Indipendenti è strettamente connesso – se non addirittura non autonomo – al potere di vigilanza; invero, la potestà sanzionatoria si inserirebbe nel solco tracciato dall'esercizio di un'attività più complessa di controllo che si svolge senza soluzione di continuità²⁰⁶.

La sanzione è strumentale all'esercizio dei poteri di controllo e vigilanza sul settore di riferimento e concorre a scoraggiare condotte contrarie ai principi della regolazione²⁰⁷.

Orbene, autorevole dottrina ha evidenziato che la connessione tra funzione di regolazione e poteri sanzionatori rifletterebbe come il carattere repressivo e preventivo - tipico delle sanzioni amministrative irrogate ai sensi della Legge n. 689 del 1981 - non appartenga pienamente alle misure punitive irrogate dalle Autorità Indipendenti, le quali più che “punire” l'autore della condotta illecita avrebbero cura di tutelare l'interesse pubblico loro affidato²⁰⁸.

Talché, il rapporto tra potere di regolazione e poteri sanzionatori si presenterebbe in modo circolare ove l'incipit è rappresentato appunto dalla

²⁰⁶ W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012.

²⁰⁷ S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni ripristinatorie*, in AA. VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 333 ss.

²⁰⁸ S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 12 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 56 ss.

disciplina del settore di riferimento; l'irrogazione della sanzione, per contro, assumerebbe una funzione meramente eventuale, connessa al compimento di una condotta illecita da parte degli operatori del mercato vigilato; *aliis verbis*, rappresenterebbe l'elemento finale di chiusura di un *iter* di controllo esercitato da ciascuna *Authority* nel settore di competenza.

La connessione tra la fase regolamentare e la fase patologica si riflette inevitabilmente sul profilo organizzativo delle singole Autorità; basti considerare che l'attuale struttura organizzativa delle Autorità Indipendenti prevede che esse sono dotate del potere di regolare il settore di competenza e al contempo hanno il potere di irrogare misure punitive per eventuali violazioni delle norme fissate (o integrate in sede regolamentare) dalle stesse Autorità.

Ebbene, la concentrazione di compiti è strumentale ad una maggiore effettività del potere di regolazione; infatti, la previsione sanzionatoria ha il fine di scoraggiare gli operatori di settore a porre in essere condotte illecite e, poiché si tratta di discipline ad alto tasso di tecnicità, il regolatore è ritenuto il soggetto più idoneo a sanzionare le relative violazioni²⁰⁹.

Inoltre, l'implicita funzione di *rule making* ravvisabile nelle potestà sanzionatorie è corroborata da recenti interventi legislativi.

Si pensi anzitutto all'art. 14-ter l. n. 287/1990, introdotto con il D.L. n. 223 del 2006, che disciplina l'istituto degli impegni in sede concorrenziale alla cui stregua *entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.*

È evidente che si tratta di accordi condizionati, sicché, nel caso in cui gli impegni non fossero rispettati, l'A.G.C.M. potrà sanzionare l'impresa sino al

²⁰⁹ C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

dieci per cento del fatturato.

Si consideri, inoltre, l'istituto dell'*amnesty plus* introdotta dalle Linee Guida adottate dall'A.G.C.M. per la quantificazione delle sanzioni.

Ebbene, l'istituto non presente negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea ma frutto della normativa americana in materia concorrenziale²¹⁰, prevede la facoltà di ridurre ulteriormente la sanzione fino al cinquanta per cento dell'importo di base per le imprese che nel corso della fase istruttoria autodenunciano la commissione di ulteriori infrazioni diverse da quelle contestate nella comunicazione di avvio della procedura sanzionatoria e per le quali l'impresa beneficia dell'immunità condizionata dalle sanzioni ai sensi di quanto previsto dal programma di clemenza.

Infatti, è verosimile che l'impresa - avviata l'istruttoria per una presunta infrazione - inizi a svolgere un'attività di *internal audit* onde raccogliere il materiale probatorio necessario per l'articolazione delle proprie difese e individuare ulteriori illeciti anticoncorrenziali prima che vengano scoperti dall'Autorità garante.

Talché, è naturale presumere che la previsione di una riduzione della sanzione in cambio dell'autodenuncia di una diversa infrazione non può che incrementare gli incentivi delle imprese imputate a una profonda collaborazione ("*dig deep*") *per trovare indizi e prove di eventuali infrazioni ulteriori e, se presenti e decisive, presentare prontamente domanda di clemenza*²¹¹.

È evidente quindi che l'Autorità Amministrativa, nell'ispecie l'A.G.C.M., è chiamata ad operare un bilanciamento tra la natura e la gravità dell'infrazione, sicché, eccetto il caso in cui la violazione sia particolarmente grave da ritenere necessaria l'adozione di una misura sanzionatoria, potrà decidere di "rinunciare" all'irrogazione della misura punitiva a fronte di una condotta del

²¹⁰ La prima Autorità ad adottarlo è stato l'U.S. Department of Justice nel 1999.

²¹¹ Così F. GHEZZI – G. D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, Rivista delle Società, fasc. 6, 2015, pag. 1196 e ss.

soggetto interessato finalizzata alla riproduzione dello status quo ante²¹².

Il che rileva come la funzione del sistema sanzionatorio sia strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico piuttosto che alla repressione della condotta antigiuridica *in re ipsa*, ovverosia emerge la *ratio* dei poteri di regolazione affidati alle Autorità Amministrative Indipendenti onde garantire l'integrità dei settori economici vigilati.

La propensione regolatoria del sistema sanzionatorio delle Autorità di Vigilanza ha indotto autorevole dottrina a ritenere che, condividendo l'idea secondo cui i procedimenti sanzionatori hanno natura plurifunzionale, giacché essi sono espressione, oltre del potere sanzionatorio in senso stretto, di una funzione di regolazione *ex post* - che convive e prevale su quella punitiva e repressiva -, è gioco forza ritenere che il rapporto tra la L. n. 241 del 1990 e la L. n. 689 del 1981 vada rivisitato.

In particolare, giusta la funzione centrale del potere di regolazione e l'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo ai poteri di *rule making* delle Autorità Amministrative Indipendenti, la Legge 241/1990 assumerebbe un ruolo centrale anche in sede di irrogazione delle sanzioni, come luogo di regolazione *ex post*.

Talché, l'ambito di operatività della legge sulle sanzioni amministrative (L. 689/1981) sarebbe decisamente ridimensionato poiché troverebbe applicazione solo se compatibile con L. 241 del 1990.

Donde, il rapporto tra le fonti primarie si rovescerebbe poiché a) *la legge n. 241 del 1990 fisserebbe un livello minimo di tutele che non potrebbe essere derogato in pejus dalla normativa di settore; b) in via integrativa, ma giammai in caso di*

²¹² Un paradigma analogo a quello descritto è riscontrabile nei *leniency programmes* di cui al comma 2-bis dell'art. 15 l. n. 287/90, introdotto con l. 4 agosto 2006, n. 248: l'A.G.C.M. concede l'immunità o riduce l'entità della sanzione all'impresa che, dissociandosi per prima dall'accordo lesivo dell'integrità concorrenziale del mercato, collabori per l'individuazione del "cartello". Per un maggiore approfondimento circa i "programmi di clemenza" vedi B. NASCIMBENE, *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, Dir. Un. Eur., fasc. 4, 2012, pag. 731; R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions and collective redress in the european union: a first assessment*, Diritto del commercio internazionale, fasc. 3, 2014, pag. 709.

contrasto, ovvero sia nel silenzio della l. n. 241/1990 e delle leggi speciali relative alle singole autorità indipendenti, si applicherebbero poi le disposizioni sul procedimento sanzionatorio dettate dalla l. n. 689/1981²¹³.

Delineato, il prisma normativo e i diversi orientamenti dottrinali in cui si innestano le potestà sanzionatorie delle Autorità Amministrative Indipendenti, è opportuno procedere nel capitolo che segue ad un'analisi della tenuta dei procedimenti sanzionatori alla luce degli interventi della giurisprudenza CEDU e della celerità con cui l'ordinamento nazionale e ciascuna Autorità di Vigilanza, nell'esercizio del potere regolamentare, ha recepito gli indirizzi sovranazionali.

²¹³ In questi termini M. MONTEDURO, *cit.*

IV. CAPITOLO

I PROCEDIMENTI SANZIONATORI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E GARANZIE PROCEDIMENTALI: RIFLESSI DELLA GIURISPRUDENZA CEDU

1. Il procedimento sanzionatorio dell'A.G.C.M.: i principi

Prima di procedere ad una trattazione nel dettaglio relativa dell'iter sanzionatorio condotto dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, occorre precisare che i procedimenti oggetto di disamina riguardano l'accertamento di infrazioni gravi per abusi di posizione dominante, pratiche commerciali scorrette e pubblicità *business to business*.

L'architettura procedurale dell'iter sanzionatorio è strutturata in modo da riflettere la natura indipendente dell'Autorità Garante ove sono previste particolare forme di partecipazione del soggetto interessato che trasformano il "normale contraddittorio" in una contrapposizione dialettica qualificata, onde garantire il pieno esercizio delle esigenze partecipative e delle prerogative difensive.

Giova ricordare che l'implementazione delle garanzie difensive riconosciute in fase procedimentale pongono la normativa in materia *antitrust* in un rapporto di specialità rispetto alla normativa generale sulle sanzioni amministrative di cui alla L. n. 689 del 1981 e sul procedimento amministrativo di cui alla L. n. 241 del 1990.

Orbene, i profili speciali sia per quel che concerne la disciplina *antitrust* sia per quella a tutela del consumatore ²¹⁴ riguardano il principio del contraddittorio e il diritto di accesso agli atti onde assicurare maggiore garanzie nell'esercizio del diritto di difesa.

Con riguardo al principio del contraddittorio, la disciplina del procedimento sanzionatorio dell'A.G.C.M. prevede la possibilità per i soggetti interessati di argomentare le proprie difese sia attraverso la produzione di memorie scritte e

²¹⁴ Delibera dell'A.G.C.M., 16 novembre 2007, n. 17589, Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette; Delibera A.G.C.M., 15 novembre 2007, n. 17590, Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

documenti sia con audizione orali da svolgersi innanzi agli uffici istruttori dell'Autorità o, nel caso di illeciti anticoncorrenziali, anche innanzi al Collegio cui è demandato il potere decisionale.

È garantita altresì la partecipazione al procedimento di soggetti terzi purché vantino un interesse immediato, diretto e attuale che risulti connesso all'illecito anticoncorrenziale oggetto di accertamento²¹⁵.

Più delicata è la disciplina del diritto di accesso²¹⁶.

Invero, il diritto dei soggetti interessati di prendere visione degli atti posti a fondamento dell'attività istruttoria va temperato con le esigenze di riservatezza e del segreto d'ufficio che connotano di per sé l'intera attività dell'Autorità Garante; il che implica il divieto di utilizzo dei documenti acquisiti durante l'attività istruttoria per il perseguimento di finalità estranee a quelle proprie dell'Amministrazione.

Tuttavia, nell'ottica del perseguimento del principio della parità delle armi, alle imprese deve essere garantito di avere conoscenza del fascicolo in possesso dell'Autorità Garante che non può decidere in via unilaterale di consentire l'accesso solo ad una parte del materiale istruttorio.

²¹⁵ F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, Dir. amm., fasc. 2, 2010, pag. 299: *Contraddittorio e partecipazione non sono però la stessa cosa. Il contraddittorio è nato e cresciuto nel processo. ... La partecipazione al procedimento amministrativo è fenomeno profondamente diverso. Essa non attiene, infatti, al diritto di difendersi contro una pretesa altrui di fronte ad un giudice. Mira, al contrario, a contribuire alla formazione delle decisioni dell'autorità amministrativa affinché meglio si conoscano gli interessi coinvolti e se ne tenga conto. Il punto cruciale per comprendere il significato profondo della partecipazione è che tali interessi non necessariamente si contrappongono all'assetto verso cui si orienta l'amministrazione ... Gli elementi di contatto tra contraddittorio e partecipazione sono evidenti. In entrambi i casi viene esercitato il right to be heard, il diritto di essere sentito. Mentre però il contraddittorio si svolge tra posizioni per definizione antagoniste (tra parti: attore e convenuto, pubblico ministero e imputato), di fronte ad un'autorità giudicante chiamata ad accogliere o respingere la domanda, assolvere o condannare, la partecipazione non necessariamente vede parti l'una contro l'altra armate. Il contrasto di interessi può esserci, ma anche non esserci. Ciò cui si mira è conseguire il risultato più equilibrato, complessivamente il migliore.*

²¹⁶ M. FELICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità Indipendenti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 4/2015, IPSOA, pag. 559 e ss.: in tema di diritto di accesso agli atti delle A.A.I.I., la giurisprudenza amministrativa è sempre stata ondivaga, date le difficoltà interpretative legate alla limitazione all'esercizio di tale diritto espressa nell'art. 23, L. n. 241 del 1990, alla cui stregua il diritto di accesso nei confronti delle autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti secondo quanto previsto dall'art. 24.

Un'eventuale decisione sul trattamento riservato dei documenti deve avvenire in contraddittorio delle parti e l'Autorità procedente deve bilanciare le diverse esigenze di partecipazione procedimentale e di interesse alla riservatezza.

Ne consegue che le esigenze di segretezza cedono il passo al diritto di fesa del soggetto interessato allorché il documento riservato risulti indispensabile; *aliis verbis*, il parametro per l'utilizzo delle informazioni sensibili non è costituita dalla mera utilità che ne può conseguire al diritto di difesa, bensì dall'essenzialità e dalla decisività per l'impianto difensivo del soggetto sanzionando.

Ciò nondimeno, quando il documento riservato viene portato nella sfera di conoscenza dei soggetti interessati per chiare necessità difensive, l'Autorità Garante deve avere cura che l'esigenza di riservatezza non venga sacrificata oltremodo, limitando il diritto di accesso a quanto funzionale e strumentale ad assicurare il contraddittorio²¹⁷.

*

2. L'iter procedimentale

Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato rinviene la sua disciplina nella L. 287 del 1990 e soprattutto nel D.P.R. n. 271 del 1998 che ha introdotto un modello procedimentale che si sviluppa in tre macro sequenze: una prima fase preliminare che, se ha esito positivo, culmina con la contestazione dell'infrazione, una fase istruttoria in senso stretto di acquisizione degli elementi probatori e una fase finale che si conclude con l'adozione del provvedimento sanzionatorio da parte del Collegio.

Nell'ottica di assicurare maggiori garanzie difensive, le attività in fase procedimentale sono ricondotte a una duplice competenza, ovverosia a un modello bifasico in cui sono protagonisti gli Uffici che avviano e dirigono l'attività istruttoria e il Collegio che a sua volta delibera sull'avvio dell'attività istruttoria e adotta il provvedimento sanzionatorio finale.

²¹⁷ Consiglio di Stato, Sezione VI, 9 febbraio 2011, n. 876; 6 settembre 2010, 6481; 17 dicembre 2007, n. 6469; Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, C. 360/2009.

La suddivisione bifasica in termini di competenza, ove troviamo una netta separazione tra chi propone l'avvio della procedura e conduce l'attività di indagine e chi assume la decisione finale non è casuale, ma risponde ad esigenze garantistiche giacché consente una valutazione ponderata in ordine alla necessità – che poi si tramuta in doverosità - di procedere e adottare la misura punitiva²¹⁸.

Passiamo ora ad un'analisi dei vari *steps* della procedura sanzionatoria.

La ricostruzione dell'iter procedimentale – anche se non si ha la pretesa di descrivere nel dettaglio ogni singola fase – è funzionale ad un'analisi delle garanzie difensive previste dall'art. 6 CEDU alla luce dei recenti interventi della Corte di Strasburgo e della giurisprudenza nazionale.

*

2.1 La fase pre-procedimentale

L'Autorità Garante in pre-istruttoria valuta se una determinata situazione generi il dovere o concretizzi l'opportunità di esercitare un determinato potere; in tale fase l'amministrazione procedente delinea la necessità di dare inizio al procedimento in senso proprio.

La fase pre-procedimentale ha quindi natura meramente interna intendendosi con tale nozione le attività che assumano rilevanza giuridica nell'ambito dell'organizzazione amministrativa e culminano con la formalizzazione in atti o procedimenti.

Aliis verbis, la fase preliminare è funzionale e prodromica alla scelta se dare avvio alla fase procedimentale, mercé la formalizzazione della contestazione di addebito, o dar luogo a un provvedimento di archiviazione.

L'Autorità di Vigilanza compie quindi un'iniziale attività, ancorché minima, di istruzione, finalizzata all'acquisizione di precisazioni e informazioni onde poter valutare la sussistenza del *fumus* dell'ipotesi di illecito.

²¹⁸ F. GUZZI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*.

Gli accertamenti di carattere preliminare eseguiti dall'*Authority* non richiedono l'applicazione delle regole (*recte*: garanzie difensive) del procedimento sanzionatorio in senso proprio.

Il che determina una delibazione sommaria e preventiva ove i meccanismi garantistici trovano inevitabile compressione; tuttavia, il *vulnus* di tutele trova bilanciamento e riespansione nella successiva ed eventuale fase procedimentale, ove troveranno attuazione le garanzie difensive.

D'altra parte, l'assenza di garanzie nella fase preliminare perde rilevanza se la procedura si conclude con un provvedimento di archiviazione.

Ed infatti, l'Autorità può decidere di archiviare la denuncia pervenuta nel caso in cui rilevi l'assenza di presupposti oggettivi e soggettivi perché si configuri una violazione della normativa anticoncorrenziale o della disciplina in materia del consumatore ovvero l'illecito esuli dalle competenze dell'A.G.C.M. giacché per le sue caratteristiche non rientra nell'ambito di operatività della normativa antitrust o a tutela del consumatore²¹⁹.

*

2.2 Segue: fase procedimentale - istruttoria

Il procedimento sanzionatorio in senso stretto ha inizio con la formalizzazione della contestazione di addebito che viene formulata dal Collegio decidente.

Il provvedimento deve quindi essere notificato alle imprese, agli enti interessati, nonché a coloro che, essendo portatori di un interesse diretto, immediato ed attuale, abbiano presentato denuncia d'infrazione o abbiano fornito elementi probatori utili all'avvio della fase procedimentale.

²¹⁹ Interrogativo di non poco conto riguarda la possibilità di impugnare il provvedimento di archiviazione: la giurisprudenza amministrativa (*ex multis*: Consiglio di Stato, 21 marzo 2005, n. 1113; T.A.R. Lazio, 17 aprile 2008, n. 3301) ha evidenziato che l'archiviazione della procedura implica una valutazione in termini di compatibilità della condotta denunciata, sicché, salvo l'emersione di nuovi elementi, il denunciante non potrà richiedere una nuova valutazione all'A.G.C.M., divenendo così portatore di un interesse differenziato rispetto a un tempestivo e corretto esercizio delle funzioni sanzionatorie dell'Autorità.

La decisione di avvio dell'iter procedimentale, ai sensi dell'art. 6, comma 3, D.P.R. 217 del 1998, deve contenere un'indicazione dettagliata degli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti.

È evidente che il diritto di difesa del soggetto sanzionando può essere effettivamente esercitato solo se ha piena conoscenza di tutti gli elementi di fatto e di diritto che sono posti dall'Autorità a fondamento della contestazione; in realtà la descrizione dell'ipotesi di illecito è strumentale al principio del contraddittorio giacché il soggetto interessato potrà effettivamente difendersi solo se è a conoscenza degli addebiti che gli sono stati mossi.

Le garanzie partecipative sono diverse a seconda che si tratti di parti necessarie del procedimento o di soggetti intervenienti, i quali hanno diritto solo al contraddittorio documentale e a un diritto di accesso meno penetrante a fronte delle esigenze di riservatezza; ne consegue una distinzione in termini di garanzie partecipative tra i soggetti destinatari dell'accertamento, denunciati e portatori di interessi differenziati, da coloro che abbiano fatto richiesta di partecipazione con finalità meramente collaborative e non difensive²²⁰.

Orbene, le modalità attraverso cui viene garantita la partecipazione al procedimento sanzionatorio sono essenzialmente due: il principio del contraddittorio e il diritto di accesso.

Con riguardo alla possibilità dei soggetti interessati di poter “dialogare e confrontarsi” con gli organi istruttori dell'A.G.C.M., l'art. 7, comma 2, del regolamento sanzionatorio prevede la facoltà di poter presentare memorie scritte, documenti e pareri.

²²⁰ L'art. 7 comma 1, lettera b, prevede che *i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria.*

Inoltre, ai sensi dell'art. 14, comma 1, Legge 287/1990, per coloro cui è stato notificato l'avvio della procedura sanzionatoria è prevista non solo la facoltà di poter presentare deduzioni e pareri in ogni fase dell'istruttoria ma anche di essere sentiti in una formale audizione e di essere nuovamente sentiti prima della chiusura dell'istruttoria stessa.

La possibilità per le imprese di poter presentare memorie, deduzioni e di essere ascoltate, assume una particolare rilevanza sia perché strumentale all'esercizio del diritto di difesa sia perché funzionale al raggiungimento di accordi collaborativi con l'Autorità, i c.d. impegni, tali da evitare l'irrogazione della sanzione²²¹.

La disciplina del diritto di accesso agli atti, invece, è assai più complessa poiché incontra due limiti fondamentali: la tipologia del documento rispetto al quale si intende esercitare il diritto stesso e l'esigenza di riservatezza che riguarda alcune informazioni contenute nel documento stesso²²².

Per quel che concerne il limite legato alla tipologia di documento, l'art. 13, commi 5 e 6, D.P.R. 617 del 1998, prevede che sono sottratti all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti; inoltre, possono essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del collegio, nonché i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le Istituzioni dell'Unione Europea, nonché tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione.

²²¹ L'art. 14 *ter* L. 287/1990 prevede espressamente che *entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.*

²²² Sul tema del diritto di accesso in generale vedi: T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, 15 marzo 2016, n. 3287, con nota di E. TEDESCHI, *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione*; G. SGUEO, *Il diritto di accesso agli atti*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 3/2014; M. COCCONI, *L'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici: diritto d'accesso o principio di leale cooperazione istituzionale?*, *Giornale di diritto amministrativo* n. 1/2012; A. MULTARI, *I mutevoli confini del diritto di accesso*, *Giornale di diritto amministrativo* n. 2/2011.

La limitazione trova la sua *ratio* nella considerazione secondo cui trattasi di documenti interni e quindi irrilevanti dal punto di vista probatorio, sicché non si configura alcuna lesione del diritto di difesa dei soggetti interessati.

Per quanto riguarda i limiti al diritto di accesso connessi a esigenze di riservatezza, la disciplina di settore prevede un criterio generale in virtù del quale non può essere negata la visione dei documenti che risultano indispensabili per la declinazione dell'attività difensiva, ma al contempo l'accesso è circoscritto unicamente a quelle frazioni di documento ove emergono elementi fondamentali per l'attività difensiva.

Ed infatti, passando all'analisi del regolamento sanzionatorio si legge testualmente che con riguardo ai documenti che *contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio* (art. 13, comma 2); per contro, i documenti che contengono segreti commerciali sono sottratti all'accesso. Qualora essi forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi (art. 13, comma 3).

Ne consegue che gli uffici dell'Autorità, dinanzi all'impossibilità di limitare il diritto di accesso a fronte del ben più importante diritto di difesa del soggetto interessato, devono adottare tutti i necessari accorgimenti nell'interesse delle persone e delle imprese affinché le informazioni riservate o i segreti commerciali non vengano divulgati; dalla lettera della norma si ricava un principio generale di bilanciamento tra il diritto di difesa e il diritto – pienamente legittimo – delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali.

La giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, non ha mancato di sottolineare che il diritto di accesso non è finalizzato unicamente all'espletamento delle attività difensive giacché il diritto in questione può essere esercitato anche da

coloro che vantano un interesse, diretto, attuale, concreto e differenziato ancorché non abbiano preso parte al procedimento sanzionatorio²²³.

*

2.3 *Segue: il Collegio tra funzioni istruttorie e decisorie*

Con riguardo ai poteri istruttori che vengono esercitati dagli Uffici dell'A.G.C.M., giacché non è possibile procedere ad un'analisi esaustiva degli stessi considerata la vastità delle singole competenze, è opportuno soffermarsi sul ruolo del Collegio in fase istruttoria.

Questo dato è funzionale all'esame che verrà eseguito nei paragrafi successivi in ordine alla compatibilità del procedimento sanzionatorio dell'A.G.C.M. alla stregua dei principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento alla separazione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Ebbene, per quel che concerne le ispezioni dei locali d'impresa e la facoltà di estrarre copia di tutti i documenti aziendali, gli Uffici istruttori devono richiedere una preventiva autorizzazione al Collegio²²⁴.

Parimenti, il Collegio deve autorizzare la consultazione di esperti, la predisposizione di perizie, analisi tecniche, economiche e statistiche²²⁵.

Donde, è incontestabile che la fase istruttoria è condotta dagli Uffici ma è diretta e organizzata dal Collegio che autorizza, appunto, lo svolgimento delle singole attività di indagine; a ciò si aggiunge che il Collegio autorizza l'avvio della fase istruttoria e l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

In particolare, il Collegio, verificata la non manifesta infondatezza delle proposte fatte dagli Uffici istruttori in relazione all'assetto probatorio acquisito,

²²³ Consiglio di Stato, 1568-2013; T.A.R. Lazio, 9276-2012; 1344-2012; 7467-2012; Corte di Giustizia, C. 360-2009;

²²⁴ F. LASCIO, *Le ispezioni amministrative delle Imprese*, Napoli, 2012.

²²⁵ NAPOLITANO, *L'autorizzazione a perizie, analisi e consultazioni (art. 11, d.p.r. 30.04.1998, n. 217)*, in Codice Commentato della concorrenza e del mercato, pag. 1449 e ss.

autorizza la comunicazione delle risultanze istruttorie (C.R.I.) alle imprese, ove vengono indicate gli elementi di fatto e di diritto emersi durante le indagini.

Il regolamento sanzionatorio garantisce il diritto di difesa delle imprese nel passaggio dalla fase istruttoria a quella decisoria giacché è consentita la presentazione di nuove memorie difensive e documenti (art. 14, comma 4) e di essere sentiti nuovamente (art. 14, comma 5).

Il procedimento sanzionatorio culmina con l'adozione del provvedimento finale che – chiaramente – non può irrogare misure punitive che non si riferiscono alle ipotesi di illecito contestate.

Invero, vige in tale momento il principio di immutabilità delle violazioni addebitate, talché non solo non è possibile ampliare l'oggetto della contestazione ma è altrettanto impossibile applicare delle sanzioni in ordine a degli illeciti mai contestati.

Pervenire a conclusione differente significherebbe tollerare un chiaro abuso del potere istruttorio dell'Autorità di Vigilanza e una chiara violazione del diritto di difesa del soggetto sanzionato²²⁶.

Volendo anticipare parzialmente le conclusioni in tema di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie, è evidente che se la struttura dialettica tra l'Ufficio istruttorio e il Collegio consente di scongiurare un abuso di potere da parte del primo e garantisce l'ingresso in sede procedimentale di ampie garanzie difensive, è altrettanto palese che il Collegio dirige tutta l'attività procedimentale, sicché la decisione finale è adottata da un soggetto che ha già piena contezza dello stato delle indagini.

Ciò porta a nutrire seri dubbi sull'effettiva separazione tra poteri istruttori e decisori in conformità all'art. 6 della CEDU.

*

²²⁶ La giurisprudenza non ha mancato di sottolineare che alcune forme di “scostamento” tra le risultanze dell'attività istruttoria (riassunte nella C.R.I.) e il provvedimento finale non sono causa di illegittimità; infatti, la restrizione temporale dell'addebito come la restrizione dell'imputazione originaria (*exempli causa*: da abuso di posizione dominante a pratica concordata) non genera l'illegittimità dell'addebito.

3. Procedimento sanzionatorio antitrust, CEDU e garanzie del giusto processo

Giova ora soffermarsi su come gli interventi della Corte di Strasburgo possano influire sul procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materi *antitrust* e sul sindacato del giudice amministrativo in ordine ai provvedimenti sanzionatori.

Invero, uno scrutinio dei procedimenti sanzionatori delle Autorità di Vigilanza alla luce dell'art. 6 CEDU è pressoché obbligato in virtù dei recenti interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Menarini Diagnostics c. Italia*²²⁷ e *Grande Stevens c. Italia*²²⁸.

Una valutazione in termini di conformità al *fair trial* descritto dall'art. 6 CEDU dei procedimenti sanzionatori dell'A.G.C.M. si articola in due fasi distinte.

La prima richiede una valutazione *sic et simpliciter* del procedimento in sé onde verificare se vi siano profili di illegittimità alla luce dei principi dell'equo processo.

Un secondo momento valutativo, che si snoda solo nel caso in cui l'iter procedimentale abbia presentato difformità rispetto ai principi Convenzionali, riguarda la fase giurisdizionale come luogo di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori emessi in sede amministrativa; ed infatti, la possibilità di poter adire l'autorità giudiziaria dotata di *full jurisdiction* consente di recuperare in sede processuale le garanzie che non hanno avuto esplicazione durante l'iter procedimentale.

Ne consegue che si configurerebbe una violazione effettiva dell'art. 6 CEDU solo nel caso in cui una misura punitiva irrogata da un'Autorità amministrativa non fosse sottoposta a un controllo di piena giurisdizione, sicché le garanzie difensive non troverebbero attuazione né in sede procedimentale né in sede processuale.

²²⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Menarini Diagnostics c. Italia*, 27 settembre 2011 (ric. 43509/08).

²²⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014 (ric. 18640/10; 18647/10; 18663/10; 18668/10; 18698110).

Premessa del ragionare è che le sanzioni adottate dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, in ipotesi di illeciti anticoncorrenziali per abuso di posizione dominante o per intese restrittive del mercato concorrenziale, hanno chiara natura penale secondo i criteri *Engel* (ampiamente esposti al capito II del presente scritto) che sono brevemente riportati: a) la qualificazione giuridica adoperata dall'ordinamento nazionale; b) la funzione penale della misura punitiva; c) la severità della sanzione irrogata.

Ebbene, appare *ictu oculi* che le sanzioni in materia antritrust soddisfano pienamente i presupposti operativi elaborati dalla giurisprudenza convenzionale.

Invero, le misure punitive irrogate dall'*Authority* perseguono un interesse generale rappresentato dallo sviluppo di un mercato unico ove vige il principio della libera concorrenza.

Le sanzioni applicate dall'A.G.C.M. hanno altresì una funzione repressiva della condotta illecita nonché dissuasiva dal commettere una nuova infrazione.

Né alcun dubbio può nutrirsi circa la severità della misura punitiva: la normativa nazionale di settore integrata dalla normativa comunitaria, nonché le linee guida elaborate sia dalla Commissione Europea sia dall'A.G.C.M., pervengono alla definizione di sanzioni pecuniarie estremamente gravose; ciò è ancor più vero se si considera che la sanzione determina oltre un danno patrimoniale anche *un pregiudizio reputazionale che l'antitrust infringement porta con sé nel contesto istituzionale globale e in tutti i mercati in cui l'impresa sanzionata è operante*²²⁹.

Acclarato che le sanzioni *antitrust* sono formalmente amministrative ma hanno natura e funzione sostanzialmente penale ²³⁰, è possibile procedere ad un'analisi dei profili di criticità del procedimento sanzionatorio.

²²⁹ Così F. CINTIOLI, Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust, in Dir. Proc. Amm., 2/2015, pag. 513 e ss.

²³⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Menarini Diagnostics c. Italia, § 39 e ss. : *la Corte constata anzitutto che le pratiche anticoncorrenziali contestate nel caso di specie alla società ricorrente non costituiscono reato secondo il diritto italiano. Le condotte anticoncorrenziali sono infatti sanzionate non sulla base del diritto penale, ma della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 di*

Il primo profilo riguarda il rispetto del principio del contraddittorio in tutte le fasi del procedimento sanzionatorio.

Orbene, non è revocabile in dubbio che il procedimento che si svolge davanti ad A.G.C.M. assicura in tutte le diverse fasi la possibilità per i soggetti interessati di poter presentare memorie scritte e documenti, sicché è pienamente garantito l'esercizio del diritto di difesa.

Una carenza difensiva – a differenza del procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob – non è ravvisabile tampoco nel passaggio dalla fase istruttoria alla fase decisionale.

Ed infatti, l'attività istruttoria in sede *antitrust* è affidata alla Direzione istruttoria cui sovrintende il Segretario generale; ricevuta l'autorizzazione del Collegio, la Direzione comunica ai soggetti interessati la chiusura dell'istruttoria attraverso la *Comunicazione delle Risultanze Istruttorie* (C.R.I.).

La trasmissione alle parti della C.R.I. è funzionale all'esercizio del diritto di difesa, in forma scritta e orale; in altri termini, la parte conosce l'atto istruttorio conclusivo ed è perfettamente consapevole delle contestazioni che esso contiene e può svolgere ogni opportuna attività difensiva verso il Collegio.

tutela della concorrenza e del mercato. Tuttavia, ciò non è determinante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione, poiché le indicazioni fornite dal diritto interno hanno un valore relativo (Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, § 52, serie A n. 73). Per quanto riguarda la natura dell'infrazione, sembra che le disposizioni delle quali è stata contestata la violazione alla società ricorrente fossero volte a tutelare la libera concorrenza del mercato. La Corte ricorda che l'AGCM, autorità amministrativa indipendente, ha il compito di vigilare sugli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Pertanto essa incide sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (Stenuit c. Francia, sopra citata, § 62). Inoltre va rilevato che la sanzione inflitta mirava per lo più a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati. Si può dunque concludere che la sanzione inflitta era basata su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo (mutatis mutandis, Jussila, sopra citata, § 38). Per quanto riguarda la natura e la gravità della sanzione «che può essere inflitta» alla ricorrente (Ezeh e Connors c. Regno Unito [GC], nn. 39665/98 e 40086/98, § 120, CEDU 2003-X), la Corte constata che essa non poteva essere sostituita con una pena detentiva in caso di mancato pagamento (a contrario, Anghel c. Romania, n. 28183/03, § 52, 4 ottobre 2007). Tuttavia, sottolinea che l'AGCM ha inflitto nel caso di specie una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro, sanzione avente natura repressiva in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta. Inoltre, la Corte osserva che la ricorrente sottolinea che la natura punitiva di tali infrazioni risulta anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Alla luce di quanto precede e tenuto conto dell'elevato importo della sanzione pecuniaria inflitta, la Corte ritiene che essa sia, per la sua gravità, di natura penale.

Inoltre, alle imprese è consentito di chiedere un'audizione pubblica prima della decisione del Collegio; questa si svolge nelle forme essenziali di un dibattimento penale, perché gli uffici istruttori sono chiamati per primi a svolgere le proprie conclusioni e a precisare le risultanze istruttorie già raccolte della C.R.I.; le parti "imputate" sono chiamate per seconde ad articolare la propria strategia difensiva.

Ne consegue che il principio di completezza dell'istruttoria sia quello dell'effettività del contraddittorio sono vigenti e pienamente operativi nel sistema sanzionatorio *antitrust*.

*

3.1 Segue: il diritto di accesso in fase procedimentale

Alcune problematiche in termini di completezza delle garanzie difensive sono poste, invece, dalle limitazioni al diritto di accesso previste dall'art. 13, comma 5, D.P.R. n. 617 – 1998, alla cui stregua *“sono sottratti all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto degli atti”*.

Giova premettere che il diritto di accesso agli atti rappresenta una delle manifestazioni naturali del diritto di difesa, poiché è un essenziale strumento difensivo che permette di realizzare il principio della parità delle armi: il soggetto interessato solo se è posto in condizione di conoscere tutti gli atti e documenti rilevanti può effettivamente difendersi, considerato che non è agevole presentare scritti e documenti difensivi se ignora le circostanze che dapprima la Direzione istruttoria e, quindi, il Collegio pongono alla base del loro convincimento.

Orbene, il diritto di accesso assume ancor più valore se fosse riconosciuta la facoltà al soggetto interessato di prendere visione delle note interne che gli Uffici istruttori trasmettono al Collegio per informarlo dello stato dell'accertamento; ciò consentirebbe al soggetto accusato di potersi inserire nella dialettica tra gli organi dell'A.G.C.M. senza dover rinviare l'accesso ai documenti della fase istruttoria al momento della trasmissione della C.R.I.

Sul punto occorre soffermarsi con più chiarezza.

La complessità dell'attività istruttoria, le valutazioni tecniche e discrezionali eseguite dall'A.G.C.M., i profili appartenenti alle scienze economiche o complicatissimi dettagli tecnici possono influire nella determinazione di alcuni concetti giuridici rilevanti per la configurazione dell'illecito.

Ebbene, anche se tutti gli elementi di fatto e di diritto vengono riportati nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, sarebbe opportuno e conveniente per il soggetto interessato conoscere come quel determinato aspetto rilevante sia stato ricostruito e sia stato portato nella sfera di conoscenza del Collegio già durante lo svolgimento dell'attività istruttoria e non attendere la sua conclusione.

Talché, la parte avrebbe la possibilità di contestare tempestivamente le ricostruzioni di una determinata circostanza, l'interpretazione di una norma giuridica o di una nozione tecnico – economica ovvero potrebbe indurre gli uffici istruttori ad approfondire un preciso aspetto probante.

Allis verbis, per la strategia difensiva del soggetto interessato sarebbe determinante conoscere il tipo di percezione che il Collegio abbia avuto di determinate circostanze rilevanti; donde, l'interesse primario della parte a insinuarsi nella “corrispondenza procedimentale” degli organi dell'Autorità.

Ciò premesso, l'attenzione ricade soprattutto sulle note con cui la Direzione Istruttoria comunica al Collegio ai sensi dell'art. 8, comma 3, D.P.R. 217-1998, *gli accertamenti svolti nel corso delle procedure istruttorie*.

Il che assume valore determinante se si considera che nel corso del procedimento, ben prima della C.R.I., maturano una serie di fatti giuridicamente rilevanti: scade il termine per proporre gli impegni e, in caso di loro presentazione, si apre il sub procedimento relativo (art. 14 ter, L. 287/1990); si decide sulla eventuale richiesta di misure cautelari (l'art. 14 bis, L. 287/1990), sull'ammissione a programmi di clemenza, sull'eventuale estensione oggettiva e/o soggettiva del procedimento.

Tuttavia, nella prassi, le note in questione sono sottratte all'accesso degli interessati ai sensi dell'art. 13, comma 5, del regolamento sanzionatorio alla cui stregua *sono sottratte all'accesso le note, le proposte ed ogni altra*

elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti.

Orbene, la necessità di assicurare l'effettività del diritto di difesa impone di fornire alla norma in esame un'interpretazione restrittiva limitata unicamente alle note con *funzione di studio e preparazione del contenuto degli atti*.

L'apertura al privato delle informazioni trasmesse al Collegio sullo stato dell'istruttoria porterebbe ad almeno due utili risultati.

Il primo è favorire il contraddittorio e quindi la qualità dell'attività istruttoria.

Il secondo attiene al profilo di terzietà del Collegio che da un lato potrebbe continuare a svolgere la sua attività di indirizzo sugli uffici istruttori, dall'altro potrebbe essere più consapevole delle circostanze oggetto di contestazione e aiutato a raggiungere una decisione quanto più giusta possibile.

*

3.2 Segue: la separazione tra funzioni istruttorie e decisorie: un'imparzialità oggettiva apparente

Un ultimo profilo di criticità riguarda la separazione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Il principio dell'imparzialità oggettiva e terzietà dell'Autorità chiamata ad irrogare la misura punitiva non pare essere soddisfatto.

Il regolamento sanzionatorio dell'A.G.C.M. prevede una certa separazione tra gli organi incaricati dell'attività istruttoria e il Collegio, organo cui è attribuito il potere decisionale.

Ciò nondimeno, la l'A.G.C.M. presenta una sostanziale unità organizzativa.

La Direzione istruttoria e il Collegio non sono altro che parti di uno stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione dello stesso presidente.

Inoltre, il Collegio dirige e indirizza l'attività istruttoria condotta dagli uffici istruttori: il Segretario generale, che sovrintende agli uffici, è nominato su

proposta del Presidente e le scelte organizzative interne di maggior rilievo passano pressoché interamente per la decisione del Collegio che delibera l'avvio del procedimento sanzionatorio all'esito della fase preliminare, autorizza il compimento di atti ispettivi e la predisposizione di perizie e valutazioni tecniche, autorizza la trasmissione della C.R.I. ai soggetti interessati ed è costantemente informato dello stato degli accertamenti.

È incontestabile quindi che non è ravvisabile un'effettiva separazione tra funzioni decisorie e istruttorie in spregio al principio del giusto processo così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

*

3.3 Segue: il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato in seno ai procedimenti sanzionatori dell'A.G.C.M.

Un ultimo profilo di criticità concerne il contenuto della corrispondenza tra il contenuto della comunicazione di avvio della procedura sanzionatoria e il provvedimento finale.

Infatti, un'eventuale discrasia tra i fatti contestati e quelli oggetto del provvedimento sanzionatorio lederebbe chiaramente il contraddittorio difensivo.

Tuttavia, non è raro che il provvedimento sanzionatorio contenga elementi e valutazioni in fatto e in diritto che non corrispondono esattamente a quanto riportato nella comunicazione delle risultanze istruttorie.

Tale prassi ha riscontrato il consenso della giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto che la modifica dell'impostazione accusatoria non determinasse l'illegittimità del provvedimento finale.

In particolare, il Collegio dell'A.G.C.M. disporrebbe di un potere valutativo amplissimo e autonomo, con la conseguenza che la C.R.I., predisposta dalla Direzione istruttoria e quindi frutto dell'attività degli uffici istruttori, non può essere ricondotta all'organo decidente, lasciandolo libero di compiere valutazioni autonome in sede di adozione del provvedimento finale.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza si porrebbe all'illegittimità del provvedimento sanzionatorio solo in "casi limite", laddove le modifiche apportate in sede decisionale alla contestazione iniziale abbiano effettivamente leso le prerogative difensive del soggetto accusato.

Il che chiaramente confina eccessivamente le ipotesi di illegittimità della misura punitiva.

Ciò, pertanto, rende auspicabile una maggiore attenzione da parte della giurisprudenza nazionale alla luce della pregnanza che le garanzie difensive ex art. 6 CEDU ricoprono in sede procedimentale.

*

4. Il sindacato del giudice amministrativo come *full jurisdiction* sui provvedimenti antitrust

La tematica strettamente processuale in ordine al sindacato del giudice amministrativo come manifestazione di un potere di *full jurisdiction* impone di soffermarsi sulla nozione di attività amministrativa "discrezionale".

La discrezionalità amministrativa secondo la definizione coniata da autorevole dottrina²³¹ si esplica in una ponderazione comparativa, compiuta dalla pubblica amministrazione, tra l'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (interesse primario) e gli interessi secondari (privati, pubblici, collettivi) che entrano in gioco nell'esercizio dell'attività amministrativa.

La Pubblica Amministrazione quindi deve prediligere la soluzione più idonea per il perseguimento dell'interesse pubblico e al contempo assicurarsi che gli interessi secondari non subiscano un'eccessiva compressione.

Ne consegue che l'azione dell'Amministrazione procedente si articola in due step logici: il giudizio, inteso come individuazione e valutazione degli interessi principali da perseguire; la scelta, ovvero la decisione di perseguire e assicurare la cura di quell'interesse mercé la scelta di una soluzione determinata tra più alternative possibili.

²³¹ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, 483 ss.

Ciò nondimeno, la scelta della P.A. deve essere sempre legittima, ovvero sia esplicarsi nel rispetto del quadro giuridico delineato sia dalla fonte normativa da cui germina il potere (principio di legalità) sia dal complesso di principi generali dell'ordinamento giuridico che governano l'agire amministrativo: tutela dell'interesse pubblico primario, ragionevolezza, imparzialità, completezza dell'istruttoria.

Il rispetto di sole regole giuridiche tuttavia non è sufficiente.

L'Amministrazione deve altresì osservare regole di merito - espressione del principio generale di buona amministrazione - onde optare per la soluzione più opportuna a fronte dell'interesse pubblico perseguito²³².

Ed è proprio il *merito amministrativo* che rappresenta il limite al sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo; da un diverso angolo interpretativo, il merito amministrativo è al contempo la massima espressione del margine di discrezionalità della P.A. che è insindacabile.

Donde, è gioco forza che il Giudice Amministrativo – salvo i casi di giurisdizione estesa al merito – deve limitarsi a un giudizio di legittimità del provvedimento.

Ben diverso dal concetto di discrezionalità amministrativa pura è il concetto di discrezionalità tecnica.

Quest'ultima è intesa come accertamento tecnico e scientifico sui fatti che costituiscono *i presupposti per l'adozione del provvedimento, mediante l'uso di regole tecniche (cui la norma giuridica rinvia) che appartengano a scienze non esatte*²³³.

In altri termini, la (pseudo)categoria della discrezionalità tecnica si esplica in un giudizio sul fatto secondo regole tecniche; ciò non è altro che la naturale conseguenza della particolare modalità di costruzione di determinate norme giuridiche ove viene fatto ricorso a concetti giuridici indeterminati che

²³² C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in Stato e diritto, 1941, 136.

²³³ G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, Dir. proc. amm., fasc. 2, 2013, pag. 513.

necessitano di un'attività di contestualizzazione e concretizzazione mercé l'utilizzo di un sapere tecnico – scientifico.

Il frutto dell'accertamento tecnico è in ogni caso discutibile ed opinabile a prescindere dall'attendibilità dello stesso, cioè indipendentemente dal fatto che tali scienze siano state applicate correttamente.

Il giudizio tecnico, a sua volta, può essere seguito dalla scelta della P.A. di adottare il provvedimento ritenuto più opportuno per il perseguimento di uno specifico interesse pubblico.

Solo quest'ultimo momento è espressione della discrezionalità amministrativa pura che appunto si differenzia da quella tecnica, rappresentando un momento di volontà – scelta tra interessi.

Se ne può desumere che la regola è rappresentata da una *distinzione tra il momento valutativo (discrezionalità tecnica) e quello decisorio (discrezionalità amministrativa)*: il primo è un momento di mera valutazione di fatto sulla scorta di regole tecnico scientifiche, *il secondo è ponderazione di interessi, e cioè genuino esercizio di potere amministrativo in senso stretto, cioè discrezionale*²³⁴.

Tuttavia, è possibile delineare un'area più o meno vasta in cui si verifica una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario²³⁵.

È il campo di applicazione delle valutazioni tecniche complesse.

²³⁴ G. DE ROSA, *cit.*

²³⁵ Sulla visione tradizione di discrezionalità tecnica vedi: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., ove con riguardo alla discrezionalità tecnica è detto che non ha proprio nulla di discrezionale, chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l'errore potrebbe anche essere corretto; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., ove si legge che la discrezionalità amministrativa pura si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale; Cfr. anche F.G. SCOCA, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1045.

Orbene, ai fini dell'indagine che si sta qui conducendo, occorre soffermarsi sull'intensità del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecnico complesse, nel cui alveo si innestano, appuntano, i provvedimenti delle Autorità di Vigilanza.

Un primo passo decisivo nel rapporto discrezionalità tecnica – sindacato giurisdizionale si è compiuto con la decisione del Consiglio di Stato del 9 aprile 1999, n. 601²³⁶, che partendo dal presupposto secondo cui *una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità*, afferma il potere del giudice amministrativo di valutare l'attendibilità del ragionamento tecnico – scientifico compiuto dall'Amministrazione.

Il Collegio infatti ha precisato che *l'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili*; ciò nondimeno, l'accertamento compiuto su un fatto – che può concludersi con risultati tecnico/scientifici opinabili – non si trasforma di per sé in una valutazione in termini di opportunità anche se è antecedente o successiva a una questione di merito.

Pertanto, i Giudici amministrativi, superata la confusione tra opinabilità e opportunità, si riconoscono il potere di verificare non più solo che la decisione sia motivata e coerente ma che sia anche giustificata e convincente²³⁷.

Tende quindi ad affermarsi, per un verso, la piena sindacabilità del fatto e l'utilizzabilità dei medesimi strumenti tecnici di cui si serve l'amministrazione,

²³⁶ Consiglio di Stato del 9 aprile 1999, n. 601, in Dir. Proc. Amm., 2000, 182, con note di DEL SIGNORE e LAZZARA, nonché in Foro.it con nota di TRAVI.

²³⁷ La dottrina sulla scorta degli interventi giurisprudenziali ha finito con l'elaborare più modelli di sindacato, nell'ambito dei quali è possibile distinguere un sindacato estrinseco che si limita a un giudizio sulla coerenza e sulla motivazione del provvedimento senza affrontare questione di carattere tecnico; per contro, il sindacato intrinseco (forte e o debole a seconda se culmini con la sostituzione o meno del provvedimento amministrativo da parte dell'Autorità giudiziaria) è diretto a verificare l'attendibilità dell'iter logico – argomentativo seguito dall'Amministrazione mercé il ricorso a conoscenze specialistiche, tecnico – scientifiche, con l'ausilio – se necessario – di un consulente tecnico d'ufficio.

e perciò la praticabilità di un controllo intrinseco²³⁸; per altro verso, con riguardo alle Autorità Amministrative Indipendenti viene elaborata la categoria della valutazione tecniche complesse, come tali sindacabili solo in misura debole²³⁹.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che le *valutazioni tecniche dell'Autorità – nell'ispecie l'A.G.C.M. – non si fondano su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i sopra descritti "concetti giuridici indeterminati"*.

Talché, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche sino ad ammettere l'utilizzo del sapere specialistico di un consulente tecnico d'ufficio allorché ciò sia necessario per ripercorrere *step by step* lo sviluppo del ragionamento seguito dall'Autorità²⁴⁰.

In tale contesto giurisprudenziale, si è inserito il caso Menarini Diagnostics c. Italia²⁴¹ ove la ricorrente era stata destinataria nel 2003 di una misura punitiva pecuniaria dell'importo di €uro 6 milioni da parte dell'Autorità

²³⁸ Sulle valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e i poteri del giudice amministrativo vedi F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

²³⁹ Consiglio di Stato, 18 giugno 2002, n. 5156, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 597, con nota di LIGUORI.

²⁴⁰ Vedi Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. comm.* 2003, II, 170 (nota di: CARANTA); in *Foro amm.* CDS 2002, 977 (nota di: RANGONE): *"il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (attratti nella cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei c.d. "concetti giuridici indeterminati" e che in tali ipotesi deve escludersi il sindacato giurisdizionale di tipo forte (sostitutivo) ed ammettersi solo il sopra descritto controllo di tipo debole. L'indice dell'assenza del potere sostitutivo deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia, indipendenza e neutralità.*

²⁴¹ M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 2013, pag. 408

garante della concorrenza e del mercato per aver partecipato a un cartello sul prezzo di vendita nel caso *Test diagnostici per il diabete*.

La società deduceva innanzi alla Corte EDU che il provvedimento sanzionatorio emesso dall'A.G.C.M., che per la sua severità e incisività aveva assunto una funzione penale, doveva essere oggetto del sindacato giurisdizionale di un giudice dotato di pieni poteri estesi al merito, onde assicurare il rispetto delle garanzie imposte dall'art. 6 CEDU.

Per contro, nell'ispecie, la ricorrente lamentava che il controllo eseguito dal giudice amministrativo si era limitato a un sindacato di legittimità mercé la verifica se l'A.G.C.M. avesse usato il suo potere discrezionale in maniera conforme ai principi di cui alla L. n. 287/1990, tuttavia senza né sostituirsi all'A.G.C.M. né modificare la qualificazione giuridica dei fatti operata dall'Autorità.

In altri termini, la ricorrente sosteneva che un sindacato intrinseco e debole era inidoneo a garantire la tutela che l'art. 6, par. 1, CEDU, impone in caso di misure punitive di colorazione penale.

La Corte di Strasburgo ha evidenziato nel caso *Menarini Diagnostics c. Italia* che la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, è “sanata” ovvero è efficacemente compensata da un controllo in sede processuale del provvedimento sanzionatorio impugnato, purché il Tribunale sia dotato di un potere giurisdizionale pieno.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha precisato che *la conformità con l'articolo 6 CEDU non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena. Tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore. Detto giudice deve essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito.*

Avverso le sanzioni antitrust i soggetti sanzionati hanno la facoltà di adire la giurisdizione amministrativa che secondo la Corte non solo soddisfa i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'articolo 6 della Convenzione, ma può anche controllare se l'amministrazione abbia fatto un uso appropriato dei suoi poteri, ancorché il giudice amministrativo non ha la facoltà di sostituire la sua valutazione a quella dell'Autorità amministrativa indipendente.

Invero, il giudice amministrativo ha il potere di non limitare il proprio scrutinio a un profilo di legittimità, potendo: a) verificare se l'A.G.C.M. ha fatto uso appropriato dei suoi poteri; b) esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura della A.G.C.M. e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico; c) verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, sostituirla.

Ne deriva un giudizio generale di conformità dell'attuale sindacato giurisdizionale dei giudici amministrativi sulle decisioni dell'A.G.C.M. rispetto ai principi convenzionali, purché sia assicurato il diritto fondamentale di accesso a un Tribunale indipendente e imparziale che eserciti poteri di piena giurisdizione.

Tuttavia la Corte EDU, nel caso in esame, ha adottato un concetto di piena giurisdizione che si sgancia dal potere dell'Autorità giudiziaria di sostituire la propria valutazione a quella eseguita dall'Autorità di Vigilanza.

E l'impossibilità per il Giudice amministrativo di sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione, se non per il profilo attinente l'entità della sanzione, ha aumentato il dubbio circa un'eccessiva debolezza o inadeguatezza del controllo giurisdizionale del giudice amministrativo.

Al riguardo, il giudice portoghese Pinto de Albuquerque nel suo parere dissenziente alla decisione del 27 settembre 2011 ha rilevato che i giudici amministrativi del sistema nazionale non avendo il potere di sostituire la propria valutazione tecnica dei fatti a quella dell'Autorità di vigilanza, non hanno la possibilità di incidere sul nucleo stesso del provvedimento sanzionatorio; talché la decisione che stabilisce la responsabilità spetterebbe

in realtà alle Autorità amministrative indipendenti, non ai Tribunali amministrativi.

Ed ha aggiunto che solo abbattendo la barriera che ancora impedisce al giudice di sindacare direttamente il merito amministrativo potrebbe effettivamente raggiungersi la soglia della giurisdizione piena²⁴².

A parer di chi scrive è opportuno ricordare che la configurazione dell'illecito amministrativo, ciò anche nei settori connotati da particolare tecnicismo come quelli alla cui tutela sono preposte le Autorità di Vigilanza, è integrato da un'opera di qualificazione giuridica eseguita dalle Autorità.

²⁴² Sul piano comunitario, l'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni rese il 10 febbraio 2011 nella causa C-272/09 *P KME Germany e a c./Commissione europea* ha evidenziato che la nozione di "pieni poteri giurisdizionali" (intesa come il potere di annullare sotto tutti gli aspetti, su punti di fatto e di diritto, la decisione dell'organo inferiore) elaborata dalla Corte di Giustizia si riferisce unicamente ai ricorsi con oggetto l'impugnazione dell'importo delle sanzioni pecuniarie; tuttavia tale nozione di piena giurisdizione è diversa dal concetto di *full jurisdiction* di matrice convenzione (art. 6, par. 1, CEDU) che andrebbe esteso anche ai ricorsi aventi ad oggetto la constatazione dell'infrazione; questo il ragionamento sviluppato dall'avvocato generale Sharpston: *non ho grandi difficoltà a concludere che il procedimento con cui viene irrogata un'ammenda per violazione del divieto di accordi per la fissazione dei prezzi e la ripartizione dei mercati di cui all'art. 81, n. 1, CE rientra nella «parte penale» dell'art. 6 della CEDU (par. 64) ... Sebbene il procedimento sanzionatorio di cui è causa rientri quindi in ambito penale ai sensi della CEDU (e della Carta), concordo comunque sul fatto che, per usare i termini della sentenza Jussila 26, poiché esso «non fa parte del nocciolo duro del diritto penale, le garanzie offerte dal profilo penale (...) non devono necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore». Ciò implica, in particolare, che possa essere compatibile con l'art. 6, n. 1, della CEDU il fatto che le sanzioni penali vengano comminate, in prima istanza, non da un «tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge», bensì da un organo amministrativo o non giurisdizionale che di per sé non soddisfa i requisiti posti dalla citata disposizione, purché la decisione di tale organo sia soggetta al successivo controllo di un organo dotato di pieni poteri giurisdizionali e rispondente ai suddetti requisiti. In altre parole, deve risultare chiaramente che le modalità di ricorso disponibili rendono possibile ovviare a qualsiasi carenza del procedimento di prima istanza (par. 67) Secondo la descrizione datane da detta Corte, i «pieni poteri giurisdizionali» implicano il «potere di annullare sotto tutti gli aspetti, su punti di fatto e di diritto, la decisione dell'organo inferiore». L'organo giurisdizionale incaricato del controllo «deve essere competente in particolare ad esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto pertinenti della controversia di cui è investito. La stessa Corte ha inoltre dichiarato che, per stabilire se un giudice di secondo grado disponga di «pieni poteri giurisdizionali», o garantisca un «controllo sufficiente» per rimediare ad una carenza di autonomia in primo grado, occorre tenere conto di elementi quali «l'oggetto della decisione impugnata, il modo in cui è maturata tale decisione e l'oggetto della controversia, compresi i motivi di impugnazione attuali e potenziali (par. 69); ... Mi sembra che non possano esservi molti dubbi sul fatto che la «competenza anche di merito» conferita al Tribunale dall'art. 229 CE e dall'art. 17 del regolamento n. 17 soddisfi tali presupposti per quanto riguarda i ricorsi aventi ad oggetto l'importo dell'ammenda inflitta, anche se si tratta, come rileva la Commissione, di una nozione diversa dal criterio dei «pieni poteri giurisdizionali» adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che va inteso nel senso che include anche i ricorsi contro, ad esempio, l'effettiva constatazione di un'infrazione (par. 70).*

La valutazione tecnico – giuridica eseguita dalle *Authorities* al fine di sussumere il caso specifico nel precetto normativo generale e astratto è il momento principale e determinante del procedimento sanzionatorio giacché implica un giudizio in termini di responsabilità dell'operatore di settore.

Consentire al giudice amministrativo di poter ripercorre e rielaborare l'iter logico seguito dall'A.G.C.M., anche attraverso l'ausilio di competenze tecnico – scientifiche, è il primo step per un sindacato pieno ed effettivo, ma da solo non è sufficiente.

Infatti, continuare a privare il giudice della facoltà di potersi inserire *ex post* ed efficacemente nel ragionamento seguito dall'Autorità di Vigilanza - attraverso un'attività valutativa-sostitutiva - significa garantire fittiziamente il diritto dei consociati a un Tribunale terzo e imparziale dotato di piena giurisdizione.

*

5. Il procedimento sanzionatorio della Consob

Il procedimento sanzionatorio della Consob negli ultimi due anni è stato sottoposto prima al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo, poi ad un attento scrutinio della giurisprudenza amministrativa.

In entrambi in casi, il regolamento sanzionatorio non è risultato adeguato, spingendo (*recte*: costringendo) la stessa Consob ad intervenire in sede di revisione in via regolamentare.

L'iter procedimentale volto all'irrogazione delle sanzioni necessita di essere analizzato alla luce delle recenti evoluzioni interpretative, dottrinali e giurisprudenziali sorte in materia.

Donde, prima di procedere ad un'analisi dettagliata dei profili giuridici del regolamento sanzionatorio della Consob e, per quel che qui maggiormente interessa, dei principi garantistici estesi alla fase procedimentale, sarà necessario ripercorre le varie tappe del percorso storico normativo attraverso cui si sono snodati gli interventi legislativi e regolamentari che hanno condotto all'attuale disciplina.

Invero, solo partendo dalla fonte dei profili di criticità in termini di *deficit* di garanzie si potrà cogliere le innovatività apportate dai recenti interventi della Corte di Strasburgo e del Consiglio di Stato allo schema dei procedimenti sanzionatori della Consob.

*

6. Il contesto normativo

Il quadro normativo in cui si innesta la disciplina regolamentare del procedimento sanzionatorio della Commissione Nazionale della Società e della Borsa è dettata dalle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza.

La necessità di garantire già in sede procedimentale il principio del contraddittorio, la parità delle armi tra le parti e la separazione effettiva tra funzioni istruttorie e poteri decisorii si rinviene nella Legge 18 aprile 2005, n. 62²⁴³, che agli artt. 187 *septies*, comma 2, e 195, comma 2, prevede che *il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*.

La Legge 18 aprile 2005, n. 62, dispose altresì il passaggio dal precedente sistema dualista caratterizzato dalla ripartizione di funzioni tra la Consob e il Ministero del Tesoro, a uno schema monista connotato dalla concentrazione dei poteri di regolazione, di indagine e di decisione, in capo all'Autorità di Vigilanza.

L'implemento delle funzioni della Consob sorgeva dall'esigenza di garantire un controllo effettivo sulle operazioni del mercato finanziario, imponendo, al contempo, il pieno rispetto di un ampio set di garanzia sin dalla fase procedimentale di irrogazione della sanzione.

²⁴³ Legge 18 aprile 2005, n. 62, recante Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004; precedentemente i poteri sanzionatori della Consob erano circoscritti alle violazioni poste in essere alle società di revisione e dai promotori finanziari. Le altre ipotesi di illeciti erano sanzionate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che irrogava la misura punitiva con decreto motivato; in altri termini alla Consob spettava la fase istruttoria e al Ministero spettava l'adozione del provvedimento finale.

Sempre nell'ottica di perseguire intenti garantistici, si poneva l'art. 24 della Legge 262 del 28 dicembre 2005, in materia di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari, alla cui stregua *i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono inoltre svolti nel rispetto dei principi della facoltà di denuncia di parte, della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione*

Tale assetto normativo definisce l'architettura sistemica di base su cui l'Autorità di Vigilanza è chiamata a predisporre il telaio regolamentare che scandisce e perfeziona l'iter di irrogazione delle sanzioni.

*

7. I principi del procedimento sanzionatorio: diritto di difesa e principio del contraddittorio

Lo studio dei poteri sanzionatori della Consob richiede una premessa relativa ai principi e alle garanzie difensive che devono essere garantite in sede procedimentale.

Una disamina delle garanzie difensive che devono essere assicurate durante l'iter sanzionatorio deve necessariamente prendere le mosse dalla nozione del diritto di difesa e da un'analisi dettagliata delle sue modalità di declinazione²⁴⁴.

Il contenuto necessario del diritto di difesa si esplica nella facoltà del soggetto interessato di poter contraddire ovvero sia di poter partecipare alla fase procedimentale, di poter presentare memorie difensive e documenti e di poter interloquire costantemente con gli organi dell'Autorità.

Ed è evidente che il diritto di difesa per essere effettivo supera una semplice partecipazione al procedimento per assurgere a diritto al contraddittorio in ogni fase procedimentale: d'altra parte, ritenere che il diritto di difesa debba

²⁴⁴ SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004.

essere garantito in ogni fase procedimentale implica la considerazione del procedimento come una serie di atti coordinati tra loro, nel senso che l'attività di un soggetto è funzionale alla spendita del potere degli altri organi del procedimento.

Ed è proprio in tal senso che si sono indirizzate riforme del regolamento sanzionatorio della Consob, con l'obiettivo dichiarato di implementare le garanzie difensive innanzi a tutti gli uffici coinvolti nell'iter di irrogazione della sanzione.

La manifestazione essenziale e naturale del diritto di difesa non può che essere il principio del contraddittorio²⁴⁵.

Il contraddittorio è una nozione polisemica, cui vanno ricollegate una diversità di funzioni: garanzia del diritto di difesa, partecipazione collaborativa²⁴⁶, rappresentanza di interessi²⁴⁷. Chiaramente il più alto livello di contraddittorio è quello che si realizza nella fase processuale²⁴⁸, ove vi è una contrapposizione dialettica delle parti - in posizione di parità rispetto al Giudice terzo ed imparziale - il cui fine non solo è quello di garantire un corretto esercizio del

²⁴⁵ Sul tema vedi CLARICH – ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *giurispr. Comm.*, 2/2013;

²⁴⁶ Sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo vedi: R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè 2011, pagg. 353 e ss.; F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, I ed. Cedam, 2008; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Giuffrè, 2007; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano 1998; FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996.

²⁴⁷ CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento, Relazione al Convegno Le autorità amministrative indipendenti, Palazzo Spada, 9 maggio 2003*, in www.giustiziaamministrativa.it: *Occorre considerare pertanto almeno due profili distinti del principio del contraddittorio: la dimensione per così dire orizzontale o verticale; la funzione di garanzia del diritto di difesa, di partecipazione in funzione collaborativa, di rappresentanza degli interessi [...] Nel contraddittorio orizzontale, il giudice è in una posizione di perfetta neutralità ed equidistanza rispetto alle parti contrapposte nel processo [...] Usualmente, nell'applicazione del principio del contraddittorio, estesa dal processo in senso proprio al procedimento amministrativo, assume rilievo soprattutto la dimensione verticale del medesimo, poiché il potere esercitato è di regola un potere unilaterale dell'amministrazione rispetto al quale, specie nel caso di interessi legittimi oppositivi, la contrapposizione tra parte privata e amministrazione è particolarmente evidente.*

²⁴⁸ Cassazione 3632 del 4.8.1998: *Il principio del contraddittorio di cui all'art. 101 si correla sul piano costituzionale sia con la regola dell'uguaglianza affermata dall'art. 3 della Cost. sia con il diritto di difesa che, dichiarato dall'art. 24, comma 2 della Cost. ' inviolabile in ogni grado e stato del giudizio', involge gli aspetti tecnici della difesa e garantisce a ciascuno dei destinatari del provvedimento del giudice di poter influire sul contenuto del medesimo.*

diritto di difesa ma anche permettere al giudice di adottare una decisione giusta.

Diversamente il contraddittorio che si realizza nel procedimento amministrativo è di tipo verticale - collaborativo, ove l'Amministrazione che esercita il potere conferitole dalla legge non si trova su un piano paritario con il cittadino; in questo caso il dialogo tra la P.A. e il privato è finalizzato ad assicurare una partecipazione effettiva del soggetto alla decisione dell'Amministrazione.

Per quel che concerne il procedimento sanzionatorio della Consob, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che la concezione di contraddittorio richiamata dalla normativa in materia di *market abuse* ha senza dubbio una funzione più stringente²⁴⁹, che si avvicina a quella di matrice processuale.

Le argomentazioni poste a sostegno di siffatta conclusione possono essere così riassunte.

In primo luogo, la necessità di forme di partecipazione e dialogo rafforzate rispetto a quelle meramente collaborative tipiche del procedimento amministrativo²⁵⁰ si evince dal dettato normativo degli artt. 187 *septies* e 195, comma 2, del T.U.F., alla cui stregua il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione.

L'assetto di interessi che entra in gioco nel settore in esame, nonché la

²⁴⁹ Cfr. L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, p. 60 e ss.

²⁵⁰ CLARICH, *Op. cit.*: *La garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti costituisce il tratto forse più qualificante del loro modo di essere e di agire. Le leggi istitutive delle principali Autorità delineano infatti un modello di contraddittorio che si pone su una linea più avanzata rispetto a quello generale prefigurato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo. Anche i regolamenti sui procedimenti amministrativi delle singole Autorità prevedono modalità di attuazione del principio di contraddittorio non ammesse per i procedimenti amministrativi tradizionali: per esempio, l'audizione orale delle parti coinvolte nel procedimento o la richiesta ai soggetti interessati di formulare osservazioni sugli schemi di atti normativi e generali.*

funzione paragiurisdizionale ²⁵¹ che l'Autorità di Vigilanza è chiamata a svolgere, impongono il richiamo ad una nozione di contraddittorio che valorizzi maggiormente il diritto di difesa.

In secondo luogo, la prima delibera Consob in materia di procedimenti sanzionatori viene approvata in un contesto storico – normativo in cui vige la legge sul procedimento amministrativo, la quale prevede già un livello minimo di contraddittorio inteso come collaborazione e partecipazione del privato all'agire della P.A.; orbene, l'intervento normativo non avrebbe avuto una reale utilità se l'enfatico richiamo al principio del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti si fosse esaurito nel ribadire gli obblighi di trasparenza e partecipazione già sanciti dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

Infine, il principio del contraddittorio in seno all'iter sanzionatorio va letto in combinato disposto con il principio della conoscenza degli atti e della separazione delle funzioni istruttorie e decisorie, tutti principi di matrice processuale che echeggiano un livello standard di garanzie volte ad assicurare, più che una mera partecipazione alla fase procedimentale, l'effettiva tutela del diritto di difesa così come nella fase giurisdizionale.

Donde, nei procedimenti sanzionatori delle Autorità di vigilanza, che si caratterizzano per l'alto grado di severità, rispettare le regole e le garanzie tipiche del procedimento amministrativo è una forma di tutela necessaria ma non sufficiente, essendo indispensabile assicurare le garanzie del giusto processo di cui è espressione l'art. 111 Cost.²⁵²

Orbene, il regolamento sanzionatorio della Consob, sino al recente emendamento con delibera 29 maggio 2015, n. 19158, presentava ampi *deficit*, giacché non assicurava in ogni fase dell'attività istruttoria il diritto ad un contraddittorio pieno ed effettivo e, quindi, un corretto esercizio del diritto di

²⁵¹ Per vero, parte della dottrina non riconosce una funzione paragiurisdizionale alle AA.II.: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 10 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 165 ss.

²⁵² Cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181.

difesa.

Infatti, la struttura del procedimento sanzionatorio disciplinata dalle delibere del 21 giugno 2005, n. 15086, 5 agosto 2005, n. 15131 e 19 dicembre 2013 n. 18750 – come si vedrà ampiamente nel paragrafo 8 del presente capitolo – prevedeva che l'Ufficio Sanzioni Amministrative nel formulare la proposta sanzionatoria alla Commissione non ne desse contestuale notizia agli interessati.

Non si instaurava, quindi, alcuna forma di contraddittorio né con l'U.S.A. né con la Commissione, sicché l'interessato non aveva la possibilità di controdedurre alla relazione conclusiva dell'U.S.A., nella quale potevano essere formulate valutazioni sottratte a qualsiasi forma di confronto nella fase istruttoria.

Il contraddittorio, pertanto, era garantito soltanto nella prima fase dell'attività istruttoria, mentre la seconda era sostanzialmente segreta.

L'illegittima compressione del principio del contraddittorio, rilevata sia dalla giurisprudenza amministrativa sia dalla Corte di Strasburgo, ha indotto la Consob a intervenire con la delibera 29 maggio 2015, n. 19158, prevedendo che *contestualmente alla trasmissione alla Commissione, la relazione finale predisposta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative è trasmessa ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, che abbiano presentato le deduzioni scritte ai sensi dell'articolo 5, comma 2, ovvero abbiano partecipato all'audizione prevista dall'articolo 5, comma 4; entro il trentesimo giorno successivo alla data di ricezione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative da parte dei destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, gli stessi possono presentare alla Commissione proprie controdeduzioni scritte in replica alle considerazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative.*

Come si vedrà gli interventi correttivi della Consob in termini di garanzie difensive ancora non assicurano il pieno esplicarsi del diritto di difesa, giacché circoscrivono la comunicazione della relazione finale dell'U.S.A. solo a determinati soggetti e non assicurano l'imparzialità oggettiva dei membri dell'Autorità di Vigilanza.

7.1 Segue: il diritto di accesso agli atti

Complementare al diritto di difesa è quello di accedere agli atti della procedura sanzionatoria.

È opportuno segnalare che il testo unico della finanza all'art. 4, comma 10, prevede che tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a eccezione del Ministro dell'economia e delle finanze. Sono fatti salvi i casi previsti dalla legge per le indagini relative a violazioni sanzionate penalmente.

Tuttavia, la Corte Costituzionale²⁵³ ha chiarito che il principio della segretezza sopra richiamato non comporta una preclusione assoluta all'esercizio da parte dell'interessato di accedere agli atti sui quali si fonda il procedimento sanzionatorio a suo carico, giacché l'apertura alla documentazione a supporto dell'istruttoria è strumentale ad un corretto esercizio del diritto di difesa nonché, in chiave generale, risponde all'esigenza di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa.

Secondo l'impostazione della Corte Costituzionale infatti l'art. 4, comma 10, T.U.F. richiede una lettura sistemica integrata con il corretto esercizio del diritto di difesa che deve pervadere l'iter sanzionatorio nel suo complesso; ne consegue che la *sfera di applicazione del censurato art. 4, comma 10, quale che ne sia l'effettiva estensione, con certezza non comprende gli atti, le notizie e i dati in possesso della Commissione in relazione alla sua attività di vigilanza, posti a fondamento di un procedimento disciplinare, sicché questi, nei confronti dell'interessato, non sono affatto segreti e sono invece pienamente accessibili.*

Oggi il diritto di accesso agli atti trova piena conferma nell'attuale disciplina

²⁵³ Corte Costituzionale, 3 novembre 2000, n. 460: *Di fronte alla distinzione tra procedimenti disciplinari giurisdizionali e procedimenti disciplinari amministrativi, questa Corte ha già ricordato che la proclamazione contenuta nell'art. 24 Cost., se indubbiamente si dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai primi, non manca tuttavia di riflettersi, seppure in maniera più attenuata, sui secondi, in relazione ai quali, in compenso, si impongono al più alto grado di coerenza le garanzie di imparzialità e di trasparenza che circondano l'agire della pubblica amministrazione.*

della procedura sanzionatoria della Consob che prevede all'art. 3, comma 5, che *i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti possono chiedere, con istanze separate, alla Divisione che ha formulato le contestazioni di avere accesso agli atti del procedimento sanzionatorio e all'Ufficio Sanzioni Amministrative di avere accesso esclusivamente agli ulteriori atti del procedimento sanzionatorio confluiti nel fascicolo istruttorio successivamente all'avvio del procedimento medesimo.*

Peraltro, al di là del dato normativo, non si comprende come il soggetto potenzialmente esposto all'irrogazione della misura punitiva possa articolare le proprie difese se non gli è consentito di conoscere tutte le valutazioni che hanno portato la Divisione competente a formalizzare la contestazione dell'addebito e gli ulteriori atti presi in considerazione dall'U.S.A. per la predisposizione della relazione finale.

*

7.2 Segue: separazione tra funzioni istruttorie e decisorie

Ulteriore principio che dovrebbe trovare attuazione in seno al procedimento sanzionatorio e che, al contrario, genera solo profili di criticità, è rappresentato dalla separazione delle funzioni istruttorie e decisorie.

La previsione normativa di cui agli artt. 187- *septies* e 195, comma 2, del T.U.F., alla cui stregua il procedimento sanzionatorio è retto dalla distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie, è meramente ipotetica, poiché, al fine di assicurare l'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante, sarebbe necessario che il soggetto a cui è attribuito il potere di adottare il provvedimento sanzionatorio sia effettivamente diverso - sia sotto il profilo strutturale che organizzativo - dall'ufficio cui è affidata l'attività istruttoria.

Così non è.

L'attuale struttura organizzativa della Consob non assicura l'imparzialità oggettiva dei membri dell'Autorità di Vigilanza.

Invero, come ben evidenziato sia dalla Corte di Strasburgo sia dal Consiglio di Stato, manca un'autentica ed effettiva separazione tra chi formula l'accusa e

chi la giudica, considerato che le funzioni istruttorie e decisorie sono svolte da uffici diversi della stessa istituzione.

Il Presidente della Commissione, cui è affidato in via esclusiva il potere decisionale, ricopre un ruolo attivo in fase istruttoria; egli, ai sensi dell'art. 1, comma 6, della Legge n. 216 del 1974, sovrintende all'attività istruttoria.

In particolare, il Presidente, su proposta del responsabile del procedimento e secondo i criteri fissati dalla Commissione, individua il personale incaricato di acquisire informazioni, sia attraverso la vigilanza ispettiva sia attraverso quella informativa; sempre il Presidente può disporre l'utilizzo dei poteri ispettivi e degli altri poteri previsti dall'art. 115 e dall'art. 187-octies del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Donde, è palese che l'Ufficio sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso Presidente, il quale deve supervisionare la fase istruttoria prima di presiedere la Commissione propriamente detta, ossia l'organo incaricato di irrogare le sanzioni.

Questa duplice funzione del Presidente non può che far sorgere dei dubbi oggettivamente giustificati sulla sua imparzialità.

L'attribuzione dei poteri di indagine e di giudizio a due organismi diversi, dotati di un'effettiva indipendenza con funzioni chiaramente distinte e ben delineate è un'alternativa che attualmente è praticabile solo *de jure condendo*.

Giova ricordare che ben diversa è stata la reazione dell'ordinamento francese in ordine alla necessità di un'effettiva separazione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Infatti, constatato che i procedimenti sanzionatori della *Commission des opérations de bourse* non rispettavano l'art. 6 CEDU, stante la mancanza di indipendenza e imparzialità dell'organo su cui erano cumulati i poteri decisorii e istruttori, la risposta del Legislatore francese non si fece attendere: adottò una soluzione organizzativa che portò all'istituzione della *Commission des sanctions*, organo cui sono affidati in via esclusiva i poteri decisionali in ordine

ai procedimenti sanzionatori avviati dall'Autorità di vigilanza.

*

8. *Il procedimento sanzionatorio: delibere del 21 giugno 2005, n. 15086, 5 agosto 2005, n. 15131 e 19 dicembre 2013, n. 178500*

Ora è possibile passare ad un'analitica descrizione del procedimento sanzionatorio della Consob attraverso il quadro regolamentare che nel tempo ha dato attuazione alle fonti di rango primario e ai principi da essa richiamati.

L'attuale struttura del procedimento sanzionatorio - disciplinato dal combinato disposto delle delibere del 21 giugno 2005, n. 15086, 5 agosto 2005, n. 15131 e 19 dicembre 2013, n. 178500 - risulta suddivisa in una serie di fasi che possono essere così individuate: una fase prodromica rispetto al procedimento sanzionatorio in senso stretto, una fase istruttoria e la fase decisionale affidata alla Commissione.

Giova evidenziare che la modulazione in segmenti ben distinti dell'iter sanzionatorio non ha aiutato ad implementare le garanzie procedurali; per contro, la scansione in fasi è apparsa – per molti anni - estremamente carente in termini di garanzie per i soggetti coinvolti nel procedimento di irrogazione delle misure punitive.

Invero, le disposizioni regolamentari, già a partire dagli interventi del 2005, avrebbero dovuto risolvere i profili di criticità con riguardo all'impossibilità per il soggetto interessato di confrontarsi con l'Ufficio Sanzioni Amministrative, organo cui è affidata la funzione di elaborare l'accusa finale, e nell'impossibilità di svolgere le proprie difese innanzi alla Commissione; il che si tramutava in un'illegittima compressione del diritto del contraddittorio e più in generale del diritto di difesa.

Un'affermazione così netta in termini di illegittimità dell'iter procedimentale per violazione del diritto di difesa non è apparsa così scontata al Legislatore e alla stessa Autorità di Vigilanza; ed infatti, la Consob, solo dieci anni dopo la coppia di delibere del 2005, ha ampliato le garanzie procedurali con la delibera 29 maggio 2015, n. 19158.

Ma procediamo con ordine.

Prima della legge comunitaria del 2004, recepita dall'ordinamento nazionale con la L. 18 aprile 2005, n. 62, il potere sanzionatorio della Consob era limitato alle ipotesi di illecito perpetrate dalle società di revisione e dai promotori finanziari.

Un ruolo chiave nell'iter procedimentale era ricoperto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze cui era demandato il potere di irrogare la misura punitiva con decreto motivato in tutte le restanti ipotesi di illecito.

L'attività istruttoria era condotta dagli uffici della Consob: alla contestazione dell'addebito seguiva l'eventuale deposito di controdeduzioni da parte del soggetto interessato che venivano valutate dalla stessa Autorità di Vigilanza, che redigeva una relazione finale da inviare al Ministero.

Solo quest'ultimo aveva il potere di irrogare la sanzione finale.

Tuttavia, la necessità di assicurare maggiori tutele agli investitori e, per conseguenza, rafforzare i poteri dell'Autorità di vigilanza, ha indotto il Legislatore a concentrare il potere sanzionatorio in capo alla Consob.

A far data dal 18 aprile 2005, la Commissione nazionale per la società e la borsa ha acquisito il potere di sanzionare le ipotesi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione e di mercato, nonché tutte le precedenti violazioni prima punite dal Ministero delle Finanze.

È evidente che la concentrazione dei poteri istruttori e decisionali in capo ad unico soggetto è stata temperata dalla formulazione di un set di garanzie finalizzate a tutelare i potenziali destinatari dei poteri esercitati dall'Autorità di Vigilanza; ciò attraverso i principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori e della parità delle armi, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie.

*

8.1 Segue: il procedimento sanzionatorio – la fase preliminare

La sequenza procedimentale dell'iter sanzionatorio condotto dalla Consob è

attualmente scandita in tre fasi: una fase preliminare che culmina con la contestazione degli addebiti, una fase istruttoria in senso stretto governata dall'Ufficio Sanzioni Amministrative e una fase decisionale demandata alla Commissione.

La fase amministrativa che precede l'inizio del procedimento sanzionatorio tradizionalmente inteso viene definita preistruttoria; la fase pre-procedimentale può culminare con l'atto di contestazione degli addebiti che rappresenta l'avvio del procedimento sanzionatorio tradizionalmente inteso.

La fase preliminare è connotata dall'assenza di alcun intervento diretto del soggetto interessato; invero, il procedimento avendo finalità sanzionatorie è avviato d'ufficio; tale fase è chiaramente connotata dal principio della doverosità, ovverosia l'obbligo per l'Autorità di Vigilanza di valutare i fatti acquisiti, anche attraverso l'opera di eventuali soggetti denunciatori, onde verificare se assumono rilevanza sotto il profilo patologico.

La contestazione degli addebiti è chiaramente preceduta dall'accertamento della violazione amministrativa ovverosia dalla raccolta e dalla valutazione degli elementi di fatto e di diritto raccolti nell'esercizio dell'attività di vigilanza.

L'accertamento si esplica attraverso un'attività tecnico – discrezionale dalla natura strettamente specialistica e presuppone la chiusura dell'attività di indagine strumentale alla ricerca degli elementi oggettivi e soggettivi per la configurazione dell'illecito.

È opportuno evidenziare che all'accertamento non segue l'emanazione della sanzione bensì l'inizio dell'iter procedimentale in senso proprio, sicché è evidente che l'accertamento svolto in fase pre-procedimentale è connotato dall'assenza di certezza in ordine al profilo soggettivo e di verità giuridica in ordine al profilo oggettivo della violazione.

La fase accertativa è prodromica all'atto di contestazione dell'addebito ed è strumentale e funzionale all'esercizio del potere sanzionatorio, che presuppone, quale indefettibile *prius* fattuale giuridico, l'accertamento della sussistenza della violazione della normativa di settore.

L'atto di contestazione dell'addebito, a sua volta, ingloba gli esiti dell'attività di vigilanza e si concretizza nell'esercizio autoritativo di poteri informativi ed ispettivi funzionali alla tutela degli interessi pubblici devoluti dal Legislatore alla Consob.

Orbene, l'inizio del procedimento sanzionatorio in senso proprio coincide con la contestazione degli addebiti ovvero sia nella comunicazione al soggetto interessato degli estremi della violazione: la contestazione deve identificare con chiarezza e precisione i fatti costitutivi della condotta illecita, le circostanze temporali e materiali in cui la violazione è stata perpetrata, il riferimento all'attività di vigilanza, alle eventuali verifiche ispettive o alla documentazione comunque acquisita dalla quale sia emersa la violazione, l'indicazione delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie²⁵⁴.

Ed è in tale fase che devono essere descritti con accuratezza gli elementi essenziali dei fatti costitutivi della violazione amministrativa per la quale si intende procedere, con la rappresentazione dettagliata delle relative circostanze di tempo e di luogo.

D'altra parte, l'esito dell'attività di vigilanza rappresenta sia il passaggio dalla fase preliminare alla sede procedimentale tradizionalmente intesa sia il primo momento di contatto tra l'*Authority* e il soggetto eventualmente destinatario della misura punitiva; donde, è evidente la strumentalità del momento ad un corretto esercizio del diritto di difesa e ad una corretta istaurazione del contraddittorio.

Aliis verbis, l'atto di contestazione è *condicio sine qua non* per l'esercizio del potere sanzionatorio e deve essere idoneo a consentire al soggetto sanzionando di conoscere con precisione l'accusa di cui è destinatario, descritta nei suoi termini giuridici e di fatto, tale da consentirgli un pieno esercizio del diritto di difesa.

Non è revocabile in dubbio che l'atto di contestazione cristallizza l'accertamento della violazione perimetrando i fatti posti alla base della

²⁵⁴ L'art. 4, comma 3, del regolamento sanzionatorio Consob, presente sul sito www.consob.it, indica con precisione il contenuto della lettera di contestazione dell'addebito, con indicazione altresì di tutte le formalità, pressoché burocratiche.

condotta illecita oggetto del procedimento sanzionatorio; pervenire ad una conclusione differente determinerebbe uno *status* di incertezza in capo al soggetto interessato con contestuale violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Ne deriva che nel caso in cui durante la fase istruttoria dovessero venire in rilievo nuovi fatti, dovrebbe procedersi – in linea teorica – alla formulazione di un nuovo atto di contestazione.

Tuttavia, il divieto di introdurre nuovi fatti mai contestati al soggetto interessato non esclude la possibilità che l'Autorità di Vigilanza proceda ad una diversa qualificazione della condotta illecita, purché ciò non determini una compressione illegittima del diritto di difesa; quest'ultimo pericolo, se vogliamo, è scongiurato dalle garanzie introdotte dalla delibera n. 19158 del 2015, che assicura al privato la possibilità di produrre controdeduzioni alla relazione finale dell'Ufficio Sanzioni e quindi di interloquire con l'organo decisionale.

Per quel che concerne il profilo della competenza, l'atto di contestazione degli addebiti viene formalizzato con lettera sottoscritta dal responsabile della Divisione competente per materia e dal Direttore Generale secondo le previsioni dell'art. 4, comma 1, del regolamento sanzionatorio della Consob, alla cui stregua *l'avvio del procedimento sanzionatorio è disposto a mezzo di lettera di contestazione degli addebiti sottoscritta congiuntamente dal responsabile della Divisione competente e dal Direttore Generale o, su delega di quest'ultimo, dal Vice Direttore Generale.*

Il regolamento sanzionatorio prevede altresì, con riguardo al termine per la contestazione degli addebiti, che la lettera di contestazione deve essere comunicata entro il termine di centottanta giorni, ovvero di trecentosessanta giorni se gli interessati risiedono o hanno la sede all'estero, dall'accertamento compiuto sulla base degli elementi comunque acquisiti e dei fatti emersi a seguito dell'attività di vigilanza svolta dalla Consob e delle successive

valutazioni²⁵⁵.

*

8.2 Segue: la fase istruttoria e decisoria

Il procedimento sanzionatorio ha inizio con la comunicazione ai soggetti interessati della contestazione degli addebiti.

L'*iter* sanzionatorio delineato dalle delibere del 21 giugno 2005, n. 15086, e 5 agosto 2005, n. 15131, prevedeva l'articolazione della sequenza istruttoria in due fasi distinte: la prima denominata parte istruttoria di valutazione delle deduzioni che si svolgeva innanzi agli Uffici competenti per materia ed aveva inizio con la formalizzazione della contestazione.

I soggetti interessati nel termine di centoventi giorni dalla ricezione della contestazione potevano presentare delle memorie scritte e controdeduzioni alla

²⁵⁵ Il termine per la contestazione degli addebiti ha dato origine ad una *querelle* giurisprudenziale in ordine all'individuazione esatta del *dies a quo* per il computo dei 180 giorni entro i quali la Consob è tenuta a procedere con la contestazione dell'accertata violazione. Il dibattito ha trovato composizione con l'intervento della Corte di Cassazione SS.UU., 9 marzo 2007, 5395, la quale ha individuato il termine di decorrenza nel momento in cui gli elementi raccolti avrebbero potuto essere tradotti in accertamento; la Corte, escluso l'assunto della coincidenza del giorno in cui l'attività ispettiva si è conclusa e il decorso del termine per la contestazione, ha ritenuto che *vi sono ambiti, come appunto quello dell'intermediazione finanziaria, che richiedono valutazioni complesse, non effettuabili nell'immediatezza della percezione. Ciò tuttavia non esclude che a tali valutazioni si debba procedere in un tempo "ragionevole" [...] Attribuire valore decisivo a disposizioni che affidano le attività ispettive e quelle valutative ad organi diversi, nell'ambito della Consob, distinzione, peraltro interna ad un medesimo ente, significherebbe consentire inammissibili elusioni del fondamentale principio sancito dalla norma che impone di contestare l'infrazione, quando non è possibile farlo immediatamente, entro un preciso termine di decadenza, decorrente dall'accertamento: norma che ha la funzione di consentire la piena esplicazione delle possibilità di difesa, anche in sede giudiziale, da parte dell'interessato: possibilità che potrebbero risultare menomate dopo un lasso di tempo eccessivo [...] I ritardi che eventualmente derivino dalla distinzione tra gli organi di indagine e di valutazione, per disfunzioni burocratiche o per artificiosa protrazione nello svolgimento dei compiti rispettivamente loro affidati, non possono andare a scapito del diritto a ricevere una tempestiva contestazione della violazione ... Anche per le violazioni delle norme in materia di intermediazione finanziaria, come per quelle commesse in altri campi, occorre invece individuare, secondo le particolarità dei singoli casi e indipendentemente dalle date di deposito della relazione ispettiva e di riunione della Commissione, il momento in cui ragionevolmente la constatazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento: momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione; donde, i soggetti operatori dei mercati non possono essere esposti *sine die* a una possibile contestazione della violazione, ma il termine per le Autorità di Vigilanza decorre dal momento in cui l'organo competente per la formalizzazione dell'addebito, tenuto conto della complessità del caso d'ispecie, è in grado di adottare la decisione di sua spettanza.*

Divisione competente che, a sua volta, esaminate le memorie e i documenti prodotti formulava le proprie valutazioni e trasmetteva il fascicolo all'Ufficio Sanzioni Amministrative.

Il secondo *step* della fase istruttoria denominato *parte istruttoria della decisione* si svolgeva innanzi all'U.S.A. ed aveva inizio con la comunicazione ai soggetti potenzialmente destinatari della sanzione della relazione predisposta dalla Divisione competente

Ai soggetti interessati era assicurato un ulteriore momento difensivo assicurandogli la possibilità di poter presentare controdeduzioni alla relazione redatta dalla Divisione.

L'Ufficio Sanzioni Amministrative, terminata l'attività istruttoria in senso proprio, rassegnava le proprie conclusioni in ordine alla sussistenza o meno della violazione contestata e alla quantificazione dell'eventuale sanzione da irrogare; la relazione così redatta veniva trasmessa alla Commissione per decisione finale.

In tale ultimo passaggio il diritto di difesa era palesemente compresso, giacché gli interessati non potevano presentare eventuali osservazioni conclusive rispetto alle valutazioni dell'Ufficio sanzioni.

Tuttavia, l'assetto strutturale del procedimento sanzionatorio scandito dalle delibere del 21 giugno 2005, n. 15086, e 5 agosto 2005, n. 15131 ha portato autorevole dottrina e la giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, a muovere critiche in ordine all'effettività delle garanzie assicurate in sede amministrativa ai soggetti interessati.

I profili di criticità riguardavano a) l'assenza di un'effettiva separazione tra funzioni istruttorie e decisorie, giacché il soggetto coinvolto nel procedimento sanzionatorio si trovava ad essere destinatario di una sanzione ove le funzioni di indagine erano attribuite ad organi privi di indipendenza organizzativa e decisionale; b) l'assenza di contraddittorio nel passaggio dalla fase istruttoria alla fase decisionale, connotata quest'ultima da un'impermeabilità nel dialogo tra la Commissione e l'Ufficio sanzioni amministrative; c) impossibilità di esercitare il diritto di difesa innanzi alla Commissione giudicatrice.

La struttura del procedimento sanzionatorio è rimasta tale sino alla delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013²⁵⁶ con cui la Commissione ha eliminato la configurazione “bifasica” dell’istruttoria del procedimento sanzionatorio, che sortiva l’effetto di appesantire eccessivamente l’iter procedimentale nella fase istruttoria, e ha previsto, in suo luogo, un modulo istruttorio “a fase unica” incentrato presso l’Ufficio Sanzioni Amministrative.

Senonché, è stato evidenziato che se da un lato la novella regolamentare aveva una connotazione strettamente garantista poiché finalizzata ad assicurare una maggiore realizzazione del diritto di difesa, è altrettanto vero che non era delineato in modo chiaro e preciso il novero di garanzie accordate al soggetto interessato.

Ed infatti, l’art. 5, rubricato “*diritto di difesa*”, prevedeva che *i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti* (redatta dal responsabile della Divisione competente per settore) *esercitano il proprio diritto di difesa mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l’accesso agli atti nonché l’audizione personale in merito agli addebiti contestati*; gli altri commi, invece, scandivano le modalità di estrinsecazione del set di garanzie assicurato.

Tuttavia, il nuovo assetto regolamentare non ha risolto i profili problematici.

Invero, non vi era alcuna previsione che attribuisse al privato la facoltà di replicare alla relazione dell’Ufficio sanzioni amministrative; l’art. 6, comma 4, infatti, così disponeva: *all’esito dell’esame degli atti del procedimento, l’Ufficio Sanzioni Amministrative predispone una relazione nella quale formula proposte motivate in merito alla sussistenza della violazione contestata e alla quantificazione della relativa sanzione ovvero in merito all’archiviazione, e la trasmette alla Commissione entro trenta giorni precedenti alla scadenza del termine di conclusione del procedimento come il regolamento.*

Parimenti, non era prevista alcuna possibilità per il soggetto interessato di partecipare all’iter decisionale che *si concludeva con l’adozione da parte della*

²⁵⁶ Delibera n. 18750 del 2013 recante “Adozione del Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob, ai sensi dell’articolo 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e successive modificazioni”.

Commissione del provvedimento sanzionatorio, dell'atto di archiviazione ovvero della proposta di applicazione di misura sanzionatoria di competenza di altra Amministrazione o Autorità.

Donde, è incontestabile che la previgente disciplina del procedimento sanzionatorio non garantiva al privato la possibilità di interloquire con gli organi cui sono affidate le più alte funzioni istruttorie e dalle cui *determinazione espresse nella relazione inviata alla commissione dipende in larga misura l'esito dell'iter procedimentale*²⁵⁷.

Talché, le disposizioni della delibera Consob 18750 del 2013, nella parte in non garantivano al privato di poter svolgere le proprie difese, per tutta l'estensione procedurale dell'iter sanzionatorio, in posizione paritetica rispetto all'organo che formalizzava l'accusa, si palesava illegittima per la violazione dell'impianto normativo di riferimento (art. 187 *septies*, comma 2, e art. 195, comma 2, T.U.F.) interpretato alla luce dei più recenti interventi della Corte EDU che di seguito si esamineranno.

La sequenza procedimentale, caratterizzata da una vera e propria pretermissione del soggetto interessato nella fase successiva alla predisposizione della relazione da parte dell'U.S.A., è rimasta immutata²⁵⁸ sino alla delibera 29 maggio 2015, n. 19158.

*

²⁵⁷ Così espressamente W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, pag. 597 e ss.

²⁵⁸ La delibera n. 19016 del 3 settembre 2014, ha disciplinato profili relativi alle modalità di accesso ai documenti (art. 5, comma 3) e ai tempi tecnici di trasmissione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative alla Commissione (art. 6, comma 4), oggi stabiliti in quindici giorni *precedenti alla scadenza del termine di conclusione del procedimento* e, dunque, dimezzati rispetto al termine originariamente stabilito. La delibera n. 18774 del 29 gennaio 2014, ha fatto chiarezza sull'applicabilità *ratione temporis* delle diverse delibere procedimentali succedutesi nel corso degli anni: *i procedimenti sanzionatori avviati prima dell'entrata in vigore del presente regolamento continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel "Regolamento concernente la determinazione dei termini di conclusione e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti sanzionatori della Consob"*, adottato dalla Consob con delibera n. 12697 del 2 agosto 2000 e successive modificazioni, nonché quelle contenute nella delibera n. 15086 del 21 giugno 2005, recante *"Disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative"*, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del regolamento medesimo.

9. Le posizioni della giurisprudenza: recenti evoluzioni della giurisprudenza amministrativa alla luce della sentenza CEDU del 4 marzo 2014

Ad oggi il passo decisivo per una piena attuazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio in tutte le fasi procedurali è strettamente dipendente dagli interventi giurisprudenziali che le Corti europee - e in particolare, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - hanno fornito in relazione all'ambito di operatività delle garanzie dell'equo processo con estensione a tutti i procedimenti finalizzati all'irrogazione di una misura punitiva che per la sua entità ha natura penale.

Invero, come ricordato da autorevole dottrina, i procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti rappresentano *il luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo*²⁵⁹.

Nell'ordinamento europeo, con specifico riferimento ai procedimenti volti all'emanazione di misure di natura sostanzialmente penale, il rispetto del canone del contraddittorio, che si declina nella necessità di garantire il diritto di difesa e la parità delle armi, costituisce un irrinunciabile principio generale di civiltà giuridica, come tale espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia.

Peraltro, l'apporto della giurisprudenza sovranazionale al tema dell'irrogazione delle sanzioni è innegabile, ove si consideri che, nel corso degli ultimi anni, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è più volte pronunciata in materia di sanzioni irrogate dalle Autorità di Vigilanza, con specifico riferimento alle garanzie procedurali accordate dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ed è proprio da qui che deve muovere l'analisi critica in termini di garanzie difensive offerta dalla Corte di Strasburgo in ordine al procedimento sanzionatorio della Consob.

La Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto caso *Grande Stevens c. Italia*, in

²⁵⁹ Esattamente in questi termini M. ALLENA, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*.

materia di *market abuse*, ha rimarcato che le misure punitive applicate dall'Autorità di Vigilanza, in virtù delle conseguenze - non solo patrimoniali - che comportavano per gli interessati, avevano chiaramente natura penale; da qui l'estensione delle garanzie dell'equo processo al procedimento sanzionatorio della Consob²⁶⁰.

Invero, la Corte di Strasburgo evidenziava che non potevano nutrirsi dubbi circa la colorazione penale della sanzione inflitta dall'Autorità di Vigilanza; ciò trovava conferma già nel dettato normativo in materia di *market abuse* alla cui stregua la violazione della disciplina di settore culminava con l'irrogazione di misure punitive che avevano una funzione ben lontana da essere meramente risarcitoria e ripristinatoria poiché lo scopo perseguito era quello *preventivo*, cioè *dissuadere gli interessati a ricominciare, e al contempo repressivo*, in quanto *sanzionavano un'irregolarità; donde la natura prettamente risarcitoria. Tali sanzioni non avevano quindi soltanto lo scopo di risanare un pregiudizio di natura finanziaria.*

Il riconoscimento della natura penale delle sanzioni irrogate dall'Autorità di

²⁶⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014, ricorso 18640/10, 18647/10, 18663/10, §§ 96 – 98: *Per quanto riguarda la natura del reato, appare che le disposizioni la cui violazione è stata imputata ai ricorrenti erano atte a garantire l'integrità dei mercati finanziari e a mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni. La Corte ribadisce che la CONSOB, autorità amministrativa indipendente, ha lo scopo di garantire la protezione degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati azionari (paragrafo 9 sopra). Si tratta qui di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (vedi, mutatis mutandis, Menarini Diagnostics S.r.l., già citato, § 40 ; vedi anche Société Stenuit c. Francia, rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 30 maggio 1991, § 62, serie A no 232-A). Inoltre, la Corte ritiene che le ammende inflitte avevano lo scopo di punire essenzialmente per prevenire la recidiva. Erano dunque fondate su normative che perseguivano uno scopo allo stesso tempo preventivo, cioè dissuadere gli interessati a ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano un'irregolarità (vedi, mutatis mutandis, Jussila, già citato, § 38). Tali sanzioni non avevano quindi soltanto lo scopo di risanare un pregiudizio di natura finanziaria, come pretende il Governo. In questo senso, conviene notare che le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità del comportamento incriminato e non del pregiudizio provocato agli investitori ... E' vero che nella fattispecie, le sanzioni non sono state applicate con l'ammontare massimo, in quanto la corte di appello di Torino ha ridotto alcune ammende inflitte dalla CONSOB (paragrafo 30 sopra), e nessuna confisca non è stata ordinata. Tuttavia, l'aspetto penale di una istanza è subordinato alla gravità della sanzione che può essere inflitta a priori alla persona interessata (Engel e altri, già citato, § 82), e non alla gravità della sanzione inflitta alla fine (Dubus S.A., già citato, § 37) ... Alla luce di quanto detto prima e tenendo conto dell'ammontare delle ammende inflitte, nonché dell'ammontare delle sanzioni a cui i ricorrenti andavano incontro, la Corte stima che le sanzioni in causa sono caratteristiche, per la loro natura, alla materia penale (vedi mutatis mutandis, Öztürk, già citato, § 54, e, a contrario, Inocencio c. Portogallo (déc.), no 43862/98, CEDH 2001-I).*

Vigilanza era ricco di conseguenze: estensione alla fase amministrativa del procedimento sanzionatorio delle regole del *fair trial*, rendendo effettivo il rispetto dei principi del contraddittorio, della parità delle armi, del diritto di accesso per la piena conoscenza degli atti istruttori, nonché del principio dell'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante attraverso la separazione effettiva tra le funzioni istruttorie decisorie.

La Corte di Strasburgo rilevava altresì che il regolamento sanzionatorio applicabile *ratione temporis* al caso in esame non garantiva pienamente le garanzie difensive previste dall'art. 6 della Convenzione; in particolare i Giudici di Strasburgo ravvisano una compressione del principio del contraddittorio laddove la relazione finale predisposta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative ed inviata alla Commissione non era stata comunicata ai soggetti interessati, che, dunque, non avevano avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento sottoposto nella fase finale dagli organi d'inchiesta della Consob all'organo incaricato di decidere sulla fondatezza delle accuse. Inoltre, gli interessati non avevano avuto la possibilità di esaminare o far esaminare le persone eventualmente sentite in fase istruttoria.

I Giudici di Strasburgo prendevano posizione anche sul profilo inerente l'imparzialità dei membri della Consob, affermando che per quel che concerne il profilo soggettivo non vi era motivo per metterla in discussione; ben diversa era la questione per quel che riguardava l'aspetto oggettivo.

Infatti, se è vero che il regolamento prevede una certa separazione tra gli organi istruttori e l'organo decisionale, è altrettanto vero che la distinzione organizzativa è soltanto apparente: la Divisione competente per materia che formula la contestazione di addebito, l'Ufficio sanzioni e la Commissione non sono che reparti dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione dello stesso presidente; donde, l'attuale struttura organizzativa dell'Autorità di Vigilanza è pienamente ostativa al pieno esplicarsi del principio dell'imparzialità oggettiva, giacché le funzioni di indagine e di giudizio sono cumulate in capo alla medesima istituzione, il che non è compatibile con la previsione dell'art. 6 CEDU.

Sennonché, la Corte di Strasburgo ha mitigato la propria posizione, ribadendo

un principio già espresso in precedenza secondo cui una misura punitiva sostanzialmente penale può essere irrogata da un'Autorità che non soddisfi pienamente le garanzie difensive tipiche dell'equo processo, purché sia assicurata al destinatario della sanzione la possibilità impugnare il provvedimento innanzi a un organo dotato di *full jurisdiction*.

La Corte ha concluso ravvisando un'effettiva e insanabile compressione del diritto di difesa allorché non era prevista un'udienza pubblica innanzi alla Corte d'Appello: *anche se il procedimento davanti alla CONSOB non ha soddisfatto le esigenze di equità e di imparzialità oggettiva richieste dall'articolo 6 della Convenzione, i ricorrenti hanno beneficiato di un ulteriore controllo di un organo indipendente e imparziale di piena giurisdizione, nell'occorrenza la corte di appello di Torino. Tuttavia, quest'ultima non ha tenuto udienze pubbliche, fatto che, nella fattispecie, ha costituito una violazione dell'articolo 6 della Convenzione.*

Sulla scorta dell'elaborazione sovranazionale del principio del contraddittorio e della sua predicata applicazione *all'iter* sanzionatorio amministrativo, la linea evolutiva sposata dalla Corte di Strasburgo ha indotto – se non costretto – la giurisprudenza nazionale a prendere posizione sugli approdi interpretativi che assicurano una maggiore e più diretta tutela al privato anche in fase procedimentale.

Il Consiglio di Stato, con le sentenze n. 1595 e 1596 del 26 marzo 2015²⁶¹, ha

²⁶¹ Consiglio di Stato n. 1595 del 26 marzo 2015 – ricorso n. 9736 dell'anno 2014 - Pres. Luciano Barra Caracciolo – Consigliere Estensore Roberto Giovagnoli; il caso: con ricorso depositato presso il T.A.R. Lazio, i ricorrenti impugnavano il regolamento Consob n. 15086 del 21 giugno 2005, applicabile *ratione temporis* al procedimento sanzionatorio avviato nei loro confronti per aver violato la normativa in materia di market abuse. I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, evidenziando, in particolare, che la recente sentenza resa dalla Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia comportasse un vero e proprio obbligo per l'Autorità di Vigilanza di adottare un nuovo regolamento tale da assicurare le garanzie tipiche del giusto processo. Il T.A.R. Lazio rigettava il ricorso. La Corte precisava, infatti, che le garanzie del giusto processo prescritte dall'art. 6, par. 1, della Convenzione, se pur non assicurate già nella fase amministrativa, avrebbero potuto, legittimamente, trovare contemperamento nella successiva fase giurisdizionale; talché, il diritto di difesa e a un giusto processo avrebbero trovato idonea ed effettiva realizzazione nella fase giurisdizionale dinanzi alla Corte d'Appello competente. I ricorrenti proponevano appello principale avverso la decisione resa in primo grado deducendo l'illegittimità del regolamento sanzionatorio per violazione della Convenzione EDU e dei principi già ribaditi dalla sentenza Grande Stevens, nonché dei principi costituzionali e della normativa nazionale in materia di market abuse. La CONSOB proponeva appello incidentale,

tratteggiato in modo accurato la struttura del procedimento sanzionatorio della Consob e la sua legittimità alla stregua dei principi della Convenzione EDU, dei principi costituzionali e della normativa nazionale in materia di *market abuse*.

Per quel che concerne la valutazione del procedimento sanzionatorio alla luce dell'art. 6 CEDU, i giudici amministrativi rilevano che non è necessario che l'iter sanzionatorio debba assicurare già in fase procedimentale l'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante e le garanzie del giusto processo.

È sufficiente, ma al contempo necessario, che l'interessato abbia la concreta possibilità di sottoporre l'accusa mossa nei suoi confronti al sindacato di un organo dotato di poteri di *full jurisdiction*, dove possa trovare soddisfazione il diritto di difesa e ad un giusto processo, così da garantire un *continuum* tra procedimento amministrativo e fase giurisdizionale²⁶².

Allis verbis, per le misure punitive che non rientrano nella sfera di operatività dell'*hard core of criminal law* non vi è la necessità che tutte le garanzie prescritte dall'art. 6, par. 1, CEDU siano realizzate nella fase procedimentale amministrativa, quando il provvedimento sanzionatorio sia sottoposto ad un controllo giurisdizionale pieno ed effettivo che permetta di "recuperare" tutte le garanzie previste dalla Convenzione Europea²⁶³.

Alla fase giurisdizionale viene attribuita la finalità di integrare il deficit di tutela che si verifica in fase procedimentale²⁶⁴.

eccependo l'inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza dell'interesse a ricorrere, essendo il regolamento impugnato atto amministrativo dotato di efficacia generale e, pertanto, non concretamente lesivo degli interessi dei ricorrenti. Il Consiglio di Stato - pur riconoscendo l'illegittimità del regolamento CONSOB per violazione della disciplina nazionale - ha accolto l'appello incidentale presentato dall'Autorità di vigilanza, ritenendo fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse attuale.

²⁶² Vedi B. RAGANELLI, Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, IPSOA, marzo, 2015 pag. 511 e ss.

²⁶³ M. ALLENA, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, Editoriale Scientifica, pag. 73: 'le sanzioni minori ... onde evitare meri, sproporzionati, formalismi, possono vedere parzialmente escluse o comunque rinviate alla fase giurisdizionale (ex post ed eventualmente) le garanzie dell'art. 6 CEDU, purché sia assicurata, in quella sede, una *full jurisdiction*;

²⁶⁴ Vedi G. GUIZZI, 'La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista', in *Il Corriere Giuridico*,

Ne deriva che le Autorità di Vigilanza, e nel caso in esame la Consob, possono - ma non devono - anticipare il set di garanzie già nella fase amministrativa, ben potendo queste essere assicurate successivamente in sede giurisdizionale dinanzi ad un Giudice indipendente e imparziale dotato di piena di giurisdizione.

Le Autorità Amministrative Indipendenti nell'esercizio dei poteri sanzionatori, laddove incidono con provvedimenti ad altro grado afflittivo sulle posizioni giuridiche degli operatori di settore, hanno la facoltà di strutturare i procedimenti in modo tale da assicurare già in sede amministrativa le garanzie tipiche della fase giurisdizionale; tuttavia qualora ciò non accada, non si configurano in alcun modo profili di illegittimità della struttura dei procedimenti sanzionatori, purché sia previsto un 'recupero' di queste garanzie successivamente, *rectius* nella fase giurisdizionale²⁶⁵.

Ad avviso del Consiglio di Stato le garanzie dettate dall'art. 6 della CEDU possono trovare attuazione nel corso del giudizio dinanzi alla Corte d'Appello, organo certamente indipendente e imparziale e, al tempo stesso, di giurisdizione piena, cui è attribuita la giurisdizione in materia di opposizione ai provvedimenti sanzionatori adottati dalla Consob²⁶⁶.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha operato una sorta di 'compensazione giurisdizionale delle garanzie', richiamando un principio già ribadito dalla stessa Corte EDU nel caso *Menarini c. Italia*²⁶⁷ con riferimento alle sanzioni

IPSOA, novembre 2014: "... al Giudice compete un completo potere di riesame della vicenda, sicché sotto questo profilo potrebbe dirsi soddisfatta la condizione richiesta dalla Corte di Strasburgo per escludere la violazione dell'art. 6, ossia che [...] sussista comunque un meccanismo di riesame da parte di un giudice con piena giurisdizione, da intendersi nel senso che possa valutare ogni questione di fatto e di diritto".

²⁶⁵ B. RAGANELLI, Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, IPSOA, 3, marzo, pag. 517: 'la scelta di prevedere una fase amministrativa priva delle garanzie del giusto processo, seguita da una fase giurisdizionale di full jurisdiction, non risulterebbe *contra ius* ...'.

²⁶⁶ A. SCOGNAMIGLIO, La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob, in *Banca borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2013, II, pag. 245, nota a Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 162; la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell'art. 133, comma 1, lett. l), codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), nella parte in cui prevedeva il trasferimento della giurisdizione in materia al giudice amministrativo.

²⁶⁷ Cfr. 'Bollettino di informazione sulla giurisprudenza delle Corti sovranazionali europee', a cura di Ornella PORCHIA e Barbara RANDAZZO, Causa A. Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia,

inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Una sanzione può essere inizialmente imposta anche da un'Autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni dell'art. 6 della CEDU, purché sia garantita, “a valle”, la possibilità di attivare un controllo pieno di un organo giurisdizionale (*full jurisdiction*), rispondente ai requisiti di cui alla citata norma della Convenzione.

D'altra parte, se è vero che la giurisprudenza nazionale ha elaborato il principio del giusto procedimento, in forza del quale in ogni procedimento amministrativo deve essere assicurato un nucleo irriducibile di garanzie, è altresì vero che nell'ordinamento nazionale vi è una tendenza ad assimilare il giusto procedimento con il giusto processo, ritenendo doveroso – erroneamente - anticipare già in sede procedimentale garanzie tipiche della fase giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato inoltre ha evidenziato che il procedimento potrebbe essere viziato irrimediabilmente qualora non sia prevista l'attribuzione delle funzioni istruttorie e decisorie ad organi differenti²⁶⁸, in attuazione del principio generale per cui un soggetto non può essere al tempo stesso judge and jury.

Per alcune Autorità Amministrative Indipendenti è lo stesso legislatore che prevede espressamente una separazione tra funzioni di indagine e di giudizio, assicurando in tal modo la terzietà e l'imparzialità dell'organo giudicante²⁶⁹.

È il caso degli artt. 187- septies e 195, comma 2, del T.U.F. alla cui stregua il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione e della distinzione tra

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, sentenza 29 settembre 2011(ricorso n. 43509/08), pag. 11 e ss.

²⁶⁸ R. TITOMANLIO, Le potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative, in *Authorities*, pag. 152 e ss. 'La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene necessario, in base al principio di imparzialità che venga evitato un cumulo di funzioni e dunque condanna l'esercizio da parte dello stesso giudice di entrambe le funzioni di accusa (o di istruzione) e di decisione nel merito della questione.'

²⁶⁹ M. ALLENA, Art. 6 CEDU procedimento e processo amministrativo, Editoriale Scientifica, pag. 123: “... in base alla giurisprudenza di Strasburgo anche un'autorità amministrativa chiamata a irrogare una sanzione penale è un tribunale ai sensi dell'art. 6 CEDU; ... dovrebbero essere assicurate l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante, nonché la parità delle armi tra accusa e difesa”.

funzioni istruttorie e decisorie. Questa separazione, tuttavia, è meramente ipotetica, poiché, al fine di assicurare l'imparzialità oggettiva dell'organo giudicante, sarebbe necessario che il soggetto cui è attribuito il potere di adottare il provvedimento sanzionatorio sia effettivamente diverso - sia sotto il profilo strutturale che organizzativo - dall'ufficio cui è affidata l'attività istruttoria.

Inoltre, ferme le garanzie difensive che la Corte di Strasburgo ha esteso ai procedimenti sanzionatori delle A.A.I., è chiaro che il procedimento è vincolato al rispetto dei principi di uguaglianza, trasparenza e buon andamento *ex artt.* 3, 97 e 98 Cost., nonché al generale principio di legalità sotteso all'agire della Pubblica Amministrazione.

Al contrario, non devono essere assicurate in sede procedimentale le garanzie del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione.

Infatti, l'impossibilità di operare un'equiparazione tra il procedimento amministrativo e la fase giurisdizionale implica che le garanzie tipiche del giusto processo dettate dall'art. 111 Cost. debbano essere realizzate soltanto nei giudizi destinati a svolgersi dinanzi all'autorità giudiziaria, non dovendo, invece, essere assicurate nel procedimento amministrativo.

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha analizzato la struttura dei procedimenti sanzionatori della Consob alla luce della normativa di rango primario dettata in materia di *market abuse*, ravvisando una violazione degli artt. 187-septies e 195, comma 2, del T.U.F., lì dove prevedono che il procedimento sanzionatorio di competenza della Consob debba essere governato dal principio del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori e della verbalizzazione.

Infatti, il regolamento sanzionatorio del 2005, anche all'esito degli emendamenti apportati con la delibera del 2013, non prevedeva che l'U.S.A. nel formulare la proposta sanzionatoria alla Commissione ne desse comunicazione agli interessati; pertanto, non si instaurava alcuna forma di contraddittorio né con l'U.S.A. né con la Commissione²⁷⁰.

²⁷⁰ Vedi M. VENTORUZZO, Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia, *Rivista delle Società*, 2014, pag. 693: 'L'U.S.A., effettuate le proprie

Dunque, l'interessato non aveva la possibilità di controdedurre alla relazione conclusiva dell'U.S.A., nella quale possono essere formulate valutazioni sottratte a qualsiasi forma di confronto nella fase istruttoria.

Considerati i principi espressi prima dalla giurisprudenza sovranazionale e poi da quella amministrativa, un intervento legislativo o della stessa Consob in materia era auspicabile ma sicuramente non obbligato o imposto.

E l'Autorità di Vigilanza non si è fatta attendere.

La Consob, alla luce dei principi espressi in sede nazionale e sovranazionale, ha inteso modellare le disposizioni regolamentari in materia di attività sanzionatoria alle garanzie previste dall'art. 6, §1, CEDU, assicurando così un innalzamento del livello di garanzie difensive in favore del soggetto interessato sia in termini di tutela del contraddittorio, pari a quello usualmente adottato sul piano processuale, sia in termini di diritto di difesa e quindi di parità delle armi e accesso agli atti.

*

10. Emendamenti al procedimento sanzionatorio: le delibere 29 maggio 2015, n. 19158 e 24 febbraio 2016, n. 19521

La Consob, alla luce degli interventi della giurisprudenza amministrativa e sovranazionale, ha avvertito l'esigenza di riformare il procedimento sanzionatorio in una direzione di maggiori garanzie difensive.

Le principali modifiche hanno interessato gli articoli da 4 a 8 del regolamento sanzionatorio, mercé ampliamento delle garanzie in sede procedimentale.

valutazioni anche sulla base degli scritti difensivi, predisponendo una relazione sulla violazione ed eventualmente contenente una proposta di sanzione, che veniva trasmessa ai Commissari, ai quali spetta la decisione circa il provvedimento sanzionatorio. Punto delicato è che le deduzioni dell'U.S.A. non erano (e, come vedremo, non sono) condivise con gli interessati, né questi avevano (o hanno) la facoltà di presentare documenti o essere uditi dalla Commissione. La Commissione quindi, con decreto motivato, irroga la sanzione o archivia il procedimento'; Cfr. Corte d'Appello di Genova, Sez. I, provvedimento del 24 gennaio 2008, n. 51, 'davanti all'U.S.A. il procedimento non si svolge più in contraddittorio (si ricorda che gli interessati hanno potuto replicare solo nei confronti delle valutazioni della Divisione) [...] Non può dunque sostenersi che il contraddittorio è stato garantito davanti all'U.S.A. quando fatti e valutazioni così rilevanti (consegnati dal regolamento alla fase istruttoria) non sono stati neppure portati a conoscenza degli interessati e ciò senza considerare che analogo trattamento hanno ricevuto le valutazioni conclusive sulla sussistenza dell'illecito, contenute in numerose pagine della relazione'.

In particolare, la novella regolamentare prevede che i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa nella fase istruttoria, anche con l'assistenza di terzi, mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contestati.

Peraltro, ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, che abbiano presentato le deduzioni scritte ovvero abbiano partecipato all'audizione prevista dall'articolo 5, comma 4, deve essere trasmessa in via automatica la relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative per l'esercizio della facoltà di presentare proprie controdeduzioni scritte in replica alle considerazioni dell'U.S.A.

E il diritto al contraddittorio trova piena attuazione ancorché la Commissione richieda all'Ufficio Sanzioni Amministrative una relazione integrativa.

Ebbene, è evidente che la nova disciplina dell'iter procedimentale ha compiuto decisi passi in avanti nel perseguire l'obiettivo di implementare le garanzie di partecipazione e assicurare il principio del contraddittorio nelle varie fasi in cui risulta articolato il procedimento di irrogazione delle sanzioni.

È incontestabile che alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa, la Consob ha prontamente risposto alle esigenze di tutela innanzi all'Autorità, garantendo ai soggetti interessati di poter interagire con l'accusa in tutte le fasi del procedimento, sia in quella istruttoria sia in quella decisionale.

Il che è assicurato consentendo al privato di conoscere la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio Sanzioni e di poter replicare alla stessa prima che la Commissione decida.

Tuttavia, il procedimento sanzionatorio così delineato non è esente da profili di criticità.

L'innesto garantistico del nuovo regolamento limita in alcuni casi la facoltà del soggetto interessato di poter controdedurre alla relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni.

Circoscrivere l'obbligo di trasmettere la relazione conclusiva unicamente ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, che abbiano presentato in fase istruttoria deduzioni scritte ai sensi dell'articolo 5, comma 2, ovvero abbiano partecipato all'audizione prevista dall'articolo 5, comma, 4, implica inevitabilmente una contrazione del diritto di difesa.

La previsione risponde all'esigenza di contemperare le esigenze di tutela del privato con quelle alla prontezza, efficacia, efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa.

Pertanto la ragione di tale scelta ha anche il fine di scongiurare condotte dilatorie da parte dei soggetti interessati: *invero, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è sospeso dalla data di protocollazione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative fino alla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni scritte da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative.*

La consultazione pubblica prodromica all'innovazione regolamentare ha indotto l'Autorità di Vigilanza ad introdurre anche l'obbligo per l'U.S.A. di indicare l'entità della misura punitiva.

Invero, conoscere l'importo delle sanzioni è funzionale al pieno rispetto del diritto di difesa: assicurare al privato la possibilità di prendere posizione sulla gravità dell'illecito e sulla severità della misura punitiva è essenziale per garantire effettività al principio del contraddittorio.

È significativo peraltro che il procedimento sanzionatorio non debba necessariamente sfociare nell'irrogazione di una misura punitiva.

Il riferimento corre alla possibilità che l'Ufficio Sanzioni Amministrative, valutati i presupposti indicati dall'articolo 194-quater del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, può formulare proposta motivata in merito all'applicazione dell'ordine di eliminare le infrazioni contestate, in luogo della sanzione amministrativa pecuniaria.

La Commissione, a sua volta, con il provvedimento di applicazione dell'ordine può indicare le misure da adottare a questo scopo entro il termine fissato nel

provvedimento stesso; resta ferma, in ogni fase del procedimento, la possibilità per la Commissione di adottare, su proposta della Divisione competente, ai sensi delle vigenti disposizioni, provvedimenti specifici nei confronti dei soggetti vigilati, anche volti alla cessazione dei comportamenti non conformi alla normativa di riferimento.

Così delineate le modifiche al procedimento sanzionatorio, se è vero che recano un implemento delle garanzie difensive in fase procedimentale, è altrettanto vero che non cancellano i dubbi circa l'imparzialità oggettiva della Consob.

In tal senso, si sarebbe auspicato la previsione di un'architettura organizzativa della Consob in grado di assicurare l'imparzialità oggettiva dei suoi membri che, paradossalmente, era assicurata originariamente quando l'Autorità di Vigilanza eseguiva l'attività istruttoria e la funzione decisoria era esercitata dal Ministero del Tesoro.

CONCLUSIONI

Delineato il prisma normativo – giurisprudenziale in cui si esplicano le potestà sanzionatorie delle Autorità Amministrative Indipendenti, è evidente che l'esercizio della funzione di vigilanza e le declinazioni della sua attuazione – regolazione e sistema punitivo – devono essere valuate in un'ottica sovranazionale.

Gli interventi della Corte di Strasburgo, da un lato, e le decisioni della Corte di Giusitizia, dall'altro, dovrebbero segnare le linee guida che il Legislatore nazionale e le stesse *Authorities* dovrebbero seguire pedissequamente onde assicurare un sistema di controllo rispettoso delle principali garanzie difensive.

Ci si dovrebbe interrogare con più criticità sulla nozione di mercato unico elaborata in sede comunitaria, ove dovrebbero essere ricondotti ad unità sia i sistemi normativi dei mercati vigilati sia i sistemi sanzionatori che si attivano in fase di alterazione patologica dell'ordinario funzionamento degli scambi commerciali e finanziari.

L'attuale sistema economico comunitario impone agli Stati Membri dell'Unione Europea di garantire l'integrità dei mercati finanziari onde rilanciare la fiducia dei privati negli operatori economici e così favorire gli investimenti nel mercato stesso.

La ricerca della stabilità del mercato finanziario è la causa di poteri di vigilanza e ispettivi sempre più penetranti che culminano sempre più spesso in sanzioni che – oltre il dato interpretativo fornito dalla Corte di Strasburgo – effettivamente incidono sulla vita giuridica dei soggetti economici, con pregiudizi sempre più rilevanti.

Le Autorità Amministrative Indipendenti in linea con la politica di fonte comunitaria puniscono con pene sempre più severe, dal carattere repressivo e general preventivo, il rischio astratto di danno al mercato.

Tali misure punitive, patrimoniali e non, sono inflitte in seno a procedimenti sanzionatori dove non vengono garantiti pienamente tutti gli strumenti difensivi tipici di un giusto processo.

A parer di chi scrive, è lacunosa l'impostazione adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo laddove ritiene che il deficit difensivo della fase procedimentale è compensato dalle garanzie dell'equo processo assicurate innanzi a un Tribunale terzo e imparziale; la Corte dimentica che le sanzioni rese dalle Autorità di Vigilanza sono immediatamente esecutive e l'impatto negativo sull'attività giuridica del soggetto interessato può avvenire anche nel breve periodo, essendo quindi potenzialmente nullo il correttivo difensivo apprestato *ex post*.

Per contro, è pienamente condivisibile il parere reso dai *giudici Karaka e Pinto de Albuquerque* nel caso *Grande Stevens c. Italia*, laddove affermano che le Autorità di Vigilanza *dispongono di poteri sanzionatori ed inquisitori, nonché di ampie facoltà di supervisione su un settore particolare del mercato ed esercitano quest'ultima in modo da facilitare l'esercizio dei primi, imponendo talvolta alla persona controllata - sospettata l'obbligo di collaborare con i propri accusatori*.

*Tuttavia, la pressione dei mercati non può prevalere sugli obblighi internazionali di rispetto dei diritti dell'uomo, sussistenti in capo agli Stati aderenti alla Convenzione. Non si può evitare la repressione dei reati e la severità della pena, che implicano chiaramente il beneficio della tutela fornita dalle garanzie procedurali e materiali sancite dagli articoli 6 e 7 della Convenzione*²⁷¹.

I correttivi apportati dalle più recenti delibere Consob non sono sufficienti e arrivano con ritardo rispetto ad esperienze comunitarie che dovrebbero fungere da modelli.

È rilevante constatare che in alcuni Stati Membri dell'Unione Europea, l'attuale struttura dei procedimenti sanzionatori delle Autorità di Vigilanza – anche se all'esito di interventi di ristrutturazione normativa – assicura il pieno rispetto delle garanzie difensive prescritte dall'art. 6, §1, della Convenzione europea a salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Per contro, il nostro sistema normativo è continuamente chiamato al vaglio delle Corti sovranazionali risultando troppo spesso inadeguato, giacché i diritti

²⁷¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia - Opinione in parte concordante e in parte dissenziente dei giudici Karaka e Pinto de Albuquerque, § 32 e ss.

di difesa sono sempre più compressi; il che neppure trova bilanciamento in *iter* procedurali più snelli, certi e celeri.

Il nostro ordinamento solo oggi sta assumendo quei correttivi in termini di garanzie difensive in seno ai procedimenti sanzionatori che l'esperienza internazionale già ha adottato da anni.

Si pensi sul piano internazionale alla soluzione accolta dall'*Administrative Procedure Act* degli Stati Uniti, in base al quale nelle Agenzie la funzione istruttoria è separata da quella decisionale che è attribuita agli *Administrative Law Judges*.

Sul piano comunitario, si pensi all'esperienza britannica dove la fase investigativa ed istruttoria è svolta dalla *Financial Conduct Authority (FCA)* mentre il potere decisorio è attribuito ad un Comitato del tutto indipendente (il *Regulatory Decision Committee*), composto da professionisti che rappresentano l'interesse pubblico e che non sono titolari di un rapporto di lavoro con la F.C.A.

Tuttavia, è opportuno rilevare che il *deficit* mostrato dal nostro ordinamento è imputabile – almeno in parte – alla mancanza di certezza in sede comunitaria per quel che concerne la fase patologica dei mercati e gli interventi sanzionatori – correttivi che ne sono la conseguenza.

Sarebbe opportuno delineare delle linee guida comuni in materia di potestà sanzionatorie delle Autorità di Vigilanza in quei settori (concorrenza, mercati mobiliari e finanziari, bancari) dove la dimensione nazionale tende a svanire in uno sfondo di caratura internazionale.

Basti pensare che solo negli ultimi anni l'U.E. ha istituito il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF) come sistema decentrato plurilivello di autorità microprudenziali e macroprudenziali con lo scopo di assicurare una vigilanza finanziaria coerente e uniforme all'interno mercato comune; sistema di cui sono parte anche le singole *Authorities* degli Stati Membri.

Ed ancora si pensi che solo recente si è assistito alla nascita di un'unione bancaria a livello comunitario²⁷².

Il che porta a concludere che se è vero che l'attuale struttura dei procedimenti sanzionatori delle Autorità Amministrative Indipendenti lasciano irrisolti non pochi profili di criticità, è altrettanto vero che eventuali interventi correttivi - che ad oggi sono praticabili sono *de jure condendo* - dovrebbero muoversi nel solco di un percorso tracciato a livello comunitario onde garantire il medesimo livello di tutela in tutti gli Stati Membri.

²⁷² L'Unione bancaria è stata istituita nel 2014 in risposta alla crisi finanziaria ed è costituita attualmente da due elementi, il Meccanismo di vigilanza unico (MVU) e il Meccanismo di risoluzione unico (MRU). L'MVU vigila sulle banche più grandi e più importanti della zona euro direttamente a livello europeo, mentre l'MRU mira alla risoluzione ordinata delle banche in dissesto, a un costo minimo per i contribuenti e l'economia reale, in <http://www.europarl.europa.eu>.

BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V., *Procedura Penale*, GIAPPICHELLI Editore, Torino, 2010;

AGNINO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, Urbanistica e Appalti 2003, Vol. 4;

ALLEN A M., *Art. 6 CEDU Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

ALLEN A M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2012;

ALLEN A M., *La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo*, in M. Allen-S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, n. 3/2013;

ALLEN A M., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in www.federalismi.it, febbraio 2017;

AMMASSARI F., *Guidelines on the method of setting fines for infringements of competition rules: key issues*, in *Riv. it. antitrust*, 2014;

ANDREANGELI, *Toward an EU Competition Court: Article 6 Proofing Antitrust proceeding before the Commission?*, in *World Comp.*, 2007;

BERTOLDINI, *La consulenza tecnica d'ufficio nella giurisdizione del Consiglio di Stato, la ricerca della prova attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell'azione amministrativa*, *Foro Amministrativo* 2003 CDS;

BIGIARINI, *Ne bis in idem: il cortocircuito del "doppio binario" sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, in *Dir. proc. pen.*, 2016;

BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*;

BILANCIA F., *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012;

CADOPPI - GARUTI - VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Utet, 2010;

CAMILLI E.L., *voce Autorità di vigilanza (profili normativi)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012;

CANNIZZARO E., *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte Costituzionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 2008;

CANNIZZARO E., *Unitarietà e frammentazione nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015;

CARBONE A., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, *Rivista Dir. Proc. Amm.*, 2012;

CARBONE A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, *Rivista di Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 2-2016;

CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, n. 5/2007;

CASETTA E., *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le Sanzioni Amministrative*, Atti del XXVI Convegno di scienza dell'amministrazione, Varenna, 18 – 20 settembre 1980, Milano 1982;

CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013;

CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;

CASSESE- FRANCHINI, *I garanti delle regole*, 1996;

CELONE C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012;

CHENAL - TAMIETTI, *sub art. 6*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012;

CHIEPPA R. -GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè 2011;

CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Diritto amministrativo Processuale* 2004;

CHITI – GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007;

CIAMPI S., *Alla ricerca di un procedimento camerale giusto: l'udienza pubblica tra esigenze di garanzie e obiettivi di funzionalità*, in *Diritto penale e processo*, 12/2014;

CIMINI S., *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008;

CINTOLI F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015;

CISOTTA R., *The evolving framework for antitrust damages actions and collective redress in the european union: a first assessment*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 3, 2014;

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005;

CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al Convegno Le autorità amministrative indipendenti, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in www.giustiziaamministrativa.it;

CLARICH – ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giurispr. Comm.*, 2/2013;

COCCONI M., *L'acquisizione di documenti da parte di soggetti pubblici: diritto d'accesso o principio di leale cooperazione istituzionale?*, *Giornale di diritto amministrativo* n. 1/2012;

COCIANI S. F., *Sul divieto di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative in materia tributaria*, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc. 5, 2015;

COLAPINTO M., *I criteri di determinazione delle sanzioni*, in M. Allena-S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, n. 3/2013;

CONFALONIERI A., *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino 2010;

DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it;

DE GOIA V. - SCAVONETTO L., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 2009;

DE MINICO G., *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, *Astrid*, 2005;

DE MINICO G., *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n.1, 2012;

DE RAVEL D'ESCLAPON, *Impartialité et indépendance des autorités de régulation bancaire en droit français*, in *Revue Lamy Droit des Affaires*, giugno 2011;

DE ROSA G., *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2013;

DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002;

DI BITONTO M. L., *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati; Ne Bis In Idem Principle Between Financial Sanctions And Crimes*, *Cassazione Penale*, fasc. 4, 2016;

DI CHIARA G., *Against the administration of justice in secret: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in AA.VV. *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008;

DICKMANN R., *Corte costituzionale e diritto internazionale*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3591 ss.; M. SAVINO, *Un cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 747 ss.;

DINELLI F., *La colpevolezza nelle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. Allena-S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, n. 3/2013;

DONATO L., *Il procedimento sanzionatorio delle Autorità indipendenti e le deroghe rispetto alla disciplina generale*, in M. Allena-S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, n. 3/2013;

FELICE M., *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità Indipendenti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 4/2015, IPSOA;

FEROCI - FERRARI, *Crisi economica - finanziaria e intervento dello Stato, Modelli comparati e prospettive*, in *Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, Firenze, 18 novembre 2011;

FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2014;

FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015;

FRATINI M., *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011;

FURFARO A., *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giurisprudenza.it*, 2008;

GAMBARDELLA, *L'efficacia nel tempo della disciplina in materia di responsabilità dell'ente da reato*, in FIORELLA - BORGOGNO - VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, JOVENE, 2015;

G. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Il Corriere giuridico*, novembre 2014, IPSOA;

GHEZZI F. - PINI G. D., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, *Rivista delle Società*, fasc. 6, 2015;

GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*;

- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II;
- GIOVAGNOLI R. - FRATINI M., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009;
- GIUNTA, *Il sindacato del giudice amministrativo si estende fino all'analisi compiuta dall'Autorità*, in Guida al Diritto, 5 marzo 2005;
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in Dir. Proc. Amm. 2/2015;
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014;
- GOISIS F., *Introduzione al Seminario Riflessioni sull'incertezza delle regole: le sanzioni amministrative "nascoste" e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal c.p.a.*, Università degli Studi Roma Tre Dipartimento di Giurisprudenza 6 febbraio 2014;
- GOISIS F., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in Foro Amm. Tar, 4, 2013;
- GOISIS F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in Riv. di Dir. Pubbl. Com., 2013;
- GOISIS F., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, Dir. Proc. Amm., 2009;
- GOISIS F., *Verso una nuova nozione di sanzioni amministrative in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2014;
- GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006;
- GUAZZAROTTI A., *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in www.forumcostituzionale.it, 8 gennaio 2015;
- GUZZI F., *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*;
- LASCIO F., *Le ispezioni amministrative delle Imprese*, Napoli, 2012;
- LAVARINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in Dir. pen. proc., 2014;
- LAZZARA P., *La funzione antitrust e potestà sanzionatorie. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, Diritto Amministrativo, fasc. 4/2015;

LAZZARA P., *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006;

LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2002;

LEONARDI R., *I caratteri del potere sanzionatorio*, in ALLENA - CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Paper No. 2013-15, Università Commerciale L. BOCCONI;

LETTIERI, *Rassegna di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Codice di procedura penale*, a cura di CANZIO - TRANCHINA, vol. I, Giuffrè, 2012;

LEVIS - PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, 2014;

LIGUORI F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

LICCIARDELLO S., *Le sanzioni ripristinatorie*, in AA. VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012;

LO SURDO C., *Commento all'art. 15 Legge 287-1990*, in L. C. UBERTAZZI, a cura di, *Commentario breve al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, Padova 2015;

LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008;

MAIELLO V., *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. It. e Proc. Pen.*, 2008;

MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, 2007, Bari;

MARUOTTI L., *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999;

MASSA M., *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2009;

MAZZACUVA F., *La revisione della sentenza di patteggiamento emessa nei confronti dell'ente a seguito dell'assoluzione dell'imputato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2015;

MENGOZZI, *La compétence de pleine jurisdiction du juge communautaire*, in *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, 2007;

MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181;

MONTEDURO M., *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in M. Allena-S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, n. 3/2013;

MORTATI C., *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941;

MULTARI A., *I mutevoli confini del diritto di accesso*, *Giornale di diritto amministrativo* n. 2/2011;

NAPOLI C., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*;

NAPOLITANO, *L'autorizzazione a perizie, analisi e consultazioni (art. 11, d.p.r. 30.04.1998, n. 217)*, in *Codice Commentato della concorrenza e del mercato*;

NASCIMBENE B., *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, *Dir. Un. Eur.*, fasc. 4, 2012;

NASCIMBENE L., BARDANZELLU A., *Linee guida dell'agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*;

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, p. 39 ss.

ONIDA V., *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Torino, 2005;

P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, *Riv. it. Dir. Pubbl. Comunit.*, fasc. 5, 2012;

PALIERO C. E. - TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1989;

PASSARO M., *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti* (a cura di M. FRATINI), Padova, 2011;

PASTORI, *Principi costituzionali sull'amministrazione e principio inquisitorio nel procedimento*, in Cammelli - Guerra (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, 1997;

PELLIZZER F. - BURANELLO E., in AA. VV., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012;

PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, in penalecontemporaneo.it

PETRI V., *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in Cassazione Penale, fasc. 6, 2008;

PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in Giur. cost., 2007;

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997;

PULITANÒ, *La Corte Costituzionale sul ne bis in idem - The Constitutional Court on double jeopardy*, in Cassazione Penale, fasc. 1, 2017;

RAGANELLI B., *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, IPSOA, marzo, 2015;

RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008;

RENNA M. – SAITTA F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012;

REPETTO G., *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2015;

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte Cost. n. 49 del 2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015;

RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it;

SANDULLI M.A., *La potestà sanzionatoria della pa (studi preliminari)*, in *Enc. Giur.*, 1992, Napoli, 1981;

SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, *Dir. amm.*, fasc.2, 2010;

SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali e internazionali*;

V. SCIARABBA, *La Corte e la Cedu: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007;

SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004;

SCOGNAMIGLIO A., *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob, in Banca borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2013;

SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi del d.lgs. n. 231/2001*, in CANZIO - CERQUA - LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014;

SGUEO, *Il diritto di accesso agli atti*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 3/2014;

SONELLI S., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano, problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Giappichelli Editore, Torino, 2015;

SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007;

TAGLIANETTI G., *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse della autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro amm. CDS*, fasc. 11, 2012;

TARTAGLIA, *Il falso in bilancio tra legittimità comunitaria e retroattività delle norme più favorevoli*, in *Giur. it.*, 2007;

TEDESCHI E., *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014;

TITOMANLIO R., *Le potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative nel quadro dei pubblici poteri*, in *Authorities*, 2007;

TITOMANLIO R., *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in www.iuspublicum.com, 2013;

TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2016;

TRIMARCHI M., *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. Allena-S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, n. 3/2013;

TRIPODI A. F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 2016;

TROPEA G., *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012;

TUCCARI F., *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Profili e problemi nel prisma del contraddittorio*, in M. Allena-S. Cimini (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, n. 3/2013;

TUMBILOLO R., *Il sindacato del giudice penale sul titolo edilizio e paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2013;

VACIRGA, *Riflessioni sul concetto di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981;

VENTORUZZO M., *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, *Rivista delle Società*, 2014;

VERNILE S., *Le sanzioni amministrative delle Autorità indipendenti tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. ALLENA e CIMINI, 2013;

VIDETTA C. - FRACCHIA F., *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002;

VITALE S. L., *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015;

VITALE S.L., *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2015;

W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012.

W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, pag. 597 e ss.

ZAGREBELSKY V., *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in www.sidi-isil.org;

ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Manes - Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011;

ZANCANI, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in Cavalieri – Dalle Veove – Duret (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie. Una ricerca interdisciplinare*, Padova, 2003,

ZANGHI C., *La mancata adesione dell'Unione Europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015.